

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A (IN)EXISTÊNCIA DO CONFLITO ENTRE O SISTEMA DE
PRECEDENTES E A INDEPENDÊNCIA DO MAGISTRADO**

CAMILLA LOPES DE SOUZA

FLORIANÓPOLIS
2014

CAMILLA LOPES DE SOUZA

**A (IN)EXISTÊNCIA DO CONFLITO ENTRE O SISTEMA DE
PRECEDENTES E A INDEPENDÊNCIA DO MAGISTRADO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de
Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina como requisito para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira.

FLORIANÓPOLIS

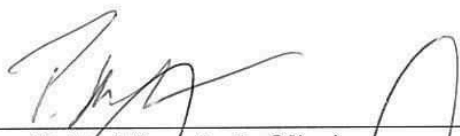
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO


TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A (in)existência do conflito entre o sistema de precedentes e a independência do magistrado**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Camilla Lopes de Souza**, defendido em **26/11/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 26 de Novembro de 2014.



Pedro Miranda de Oliveira
Professor(a) Orientador(a)



Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Membro de Banca



Morgana Henicka Galio
Membro de Banca

*Aos meus pais, meu irmão, meus
padrinhos e minhas avós, pelo apoio,
incentivo e amor incondicionais.*

*Querer-se livre é também querer livre os
outros.*

Simone de Beauvoir.

RESUMO

O presente trabalho monográfico propõe-se a analisar a possibilidade de existir um conflito entre a independência do magistrado e o sistema de precedentes, tendo em vista que se costuma argumentar que a vinculação de decisões dentro do *civil law*, apontada por muitos como a solução para a irracionalidade deste sistema, violaria a autonomia jurisdicional. Objetivando encontrar a resposta para esta questão, foram analisadas primeiramente as trajetórias dos modelos *civil law* e *common law*, de modo a se compreender suas feições atuais, em especial os fatores que contribuíram para a consolidação das figuras assumidas pelos juízes em ambos os sistemas e os efeitos que disto decorreram. Superada esta etapa, apresentamos de maneira sintética as técnicas de aplicação do sistema de precedentes nos moldes do *stare decisis*, apontando ainda os principais benefícios que adviriam da sua efetiva incorporação nos ordenamentos do sistema romano-germânico, além de elencar dois dos argumentos mais utilizados para combater esta reforma. No último capítulo deste trabalho, visando a esclarecer se a alegação de que a autonomia funcional da magistratura seria afrontada pela obrigatoriedade das decisões-paradigma, iniciamos um estudo do sentido comumente atribuído à independência jurisdicional e, após, breve análise da atividade de interpretação e criação do juiz no momento em que profere julgamentos. Por fim, ao submetermos o conceito de autonomia do julgador a um processo de desmistificação, foi possível perceber que não só a independência jurisdicional não restaria violada pela adoção de um sistema de precedentes, como sequer existe um conflito entre ambos, uma vez que o verdadeiro significado da autonomia coloca por si só limites ao arbítrio do julgador, jamais tendo permitido que este impusesse suas convicções ao decidir o caso concreto.

Palavras-chave: *civil law* – *common law* – juiz – sistema de precedentes – engessamento do direito – segurança jurídica – previsibilidade – isonomia – independência do magistrado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i>: SEUS OBJETIVOS E RESULTADOS.....	10
1.1 Aspectos históricos da formação dos modelos jurídicos.....	10
1.1.1 <i>Civil law</i>	10
1.1.2 <i>Common law</i>	11
1.1.2.1 O desenvolvimento do <i>stare decisis</i>	13
1.1.3 O juiz <i>bouche de la loi</i> v. <i>judge make law</i>	15
1.2 A aproximação entre <i>common law</i> e <i>civil law</i> e as incongruências da ordem jurídica contemporânea.....	19
1.3 Os precedentes no sistema jurídico brasileiro atual	21
2 A IMPRESCINDIBILIDADE DA ADOÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES	27
2.1 Noções básicas a respeito dos precedentes.....	27
2.1.1 <i>Ratio decidendi</i> (<i>holding</i>)	29
2.1.2 <i>Obter dictum</i>	31
2.1.3 <i>Distinguishing</i> e <i>overruling</i> : as técnicas de flexibilização e superação dos precedentes.....	32
2.1.3.1 <i>Distinguishing</i>	33
2.1.3.2 <i>Overruling</i>	34
2.2 Razões para atribuir força obrigatória aos precedentes	35
2.2.1 Segurança jurídica e seus desdobramentos	36
2.2.2 Isonomia.....	39
2.2.3 Lógica do sistema: da coerência do duplo grau de jurisdição ao desestímulo da litigância.....	41
2.3 Alegações no sentido contrário à aplicação do sistema de precedentes	43
2.3.1 Ofensa ao princípio da separação de poderes	43
2.3.2 Engessamento do direito e o tratamento desigual.....	45
3 O SISTEMA DE PRECEDENTES EM FACE À INDEPENDÊNCIA DO MAGISTRADO.....	48
3.1 Notas introdutórias	48

3.2 Evolução e conjuntura atual da garantia à independência do juiz	48
3.3 O exercício interpretativo e criativo na função jurisdicional	52
3.4 Limitações ao ofício da jurisdição	59
3.4.1 O sistema de precedentes fortalece a magistratura	62
3.4.2 O verdadeiro significado da independência do magistrado	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	72

INTRODUÇÃO

Diariamente, a comunidade jurídica e o jurisdicionado pertencentes aos países que optaram por adotar o *civil law* como modelo jurídico, incluindo o Brasil, têm de conviver com uma questão um tanto perturbadora: a divergência de posicionamentos nas decisões judiciais, sejam elas prolatadas pelos tribunais superiores, sejam pelos juízes de primeiro grau.

Os reflexos decorrentes desta verdadeira crise de racionalidade que abate o sistema são múltiplos e implicam não apenas a falta de credibilidade e coerência do Poder Judiciário, mas a violação de preceitos do Estado de Direito, notoriamente os da segurança jurídica e da isonomia.

Nos últimos tempos, porém, a doutrina e, por que não dizer, o próprio legislador, têm acordado para este ponto e, aos poucos, vêm levantando como possibilidade para a restauração da racionalidade do *civil law* a adoção de um sistema de precedentes, a exemplo do que ocorreu com o *common law*. Em contrapartida, os defensores do sistema romano-germânico clássico aventam diversos argumentos contrários à vinculação de decisões, dentre eles a ideia de que a decisão obrigatória comprometeria a independência dos magistrados e, portanto, feriria a garantia de independência do juiz.

Assim, percebendo que tal debate não compõe mero academicismo estéril, fundado em disputas doutrinárias concentradas e restritas às normas processuais, sem que suas implicações práticas ultrapassassem os limites da dogmática, mas que, pelo contrário, a relevância e a atualidade da problemática decorrem justamente da sua influência direta na vida de toda a comunidade, surgiu o interesse em realizar este trabalho na tentativa de esclarecer se realmente há conflito entre a aplicação do sistema de precedentes e a autonomia jurisdicional.

Na busca por uma resposta, na primeira parte do capítulo inaugural fazemos um breve resgate histórico da formação dos modelos *civil law* e *common law*, a fim de se entender como tais sistemas adquiriram a roupagem que hoje apresentam,

mormente no que tange à construção do *stare decisis* e ao desenvolvimento da posição que o magistrado assumiu em cada um destes modelos.

Em seguida, procuramos demonstrar as incongruências hoje presentes no *civil law* a partir de sua aproximação ao *common law* e, em linhas gerais, como a incorporação paulatina de decisões vinculantes vem repercutindo no ordenamento pátrio.

No segundo capítulo, primeiramente apresentamos as noções gerais relativas ao precedente, como seus elementos, além de técnicas de flexibilização, nos moldes do sistema anglo-saxão. Após, evidenciamos alguns dos benefícios que a adoção de um sistema com decisões-paradigma poderia trazer ao *civil law*.

Ao final, abordamos duas das alegações aventadas em contrário à aplicação de um sistema de precedentes, desmembrando aquela correspondente à ofensa da autonomia funcional da magistratura para um exame mais aprofundado no capítulo seguinte desta pesquisa.

Iniciamos, desta forma, o terceiro e último capítulo demonstrando as origens da salvaguarda da independência do juiz, apontando ainda qual a imagem da garantia que acabou se consolidando na cultura jurídica do sistema romano-germânico.

Feito isso, analisamos, por meio de uma investigação proeminentemente dogmática, sem que fossem abarcadas grandes questões filosóficas, o papel interpretativo e criativo que o juiz emprega no exercício de sua função.

Por fim, empenhamo-nos em encontrar a verdadeira acepção da independência do magistrado para, então, colocá-la frente a frente com o sistema de precedentes, de modo a analisarmos a suposta existência de um conflito entre o preceito do Estado Democrático e a vinculação de decisões.

1 A EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*: SEUS OBJETIVOS E RESULTADOS

1.1 Aspectos históricos da formação dos modelos jurídicos

É através da história que se revelam os motivos e fatores responsáveis pela situação geopolítica global e pelas formas hoje assumidas pelos institutos. Inevitavelmente, porém, há que se admitir que um exame detido dos momentos pretéritos relevantes acabará por sofrer influência, por mínima que seja, do juízo de valor do pesquisador, devendo ser reconhecido que a ideia de neutralidade projetada pelos iluministas não prospera neste âmbito. A análise do direito comparado não foge a essa regra, uma vez que o “projeto cultural” do estudioso ganha *status* de pressuposto para a conclusão quanto aos resultados obtidos (TARUFFO, 2003, p. 141-142).

Consciente, portanto, da potencialidade valorativa intrínseca ao comparatismo dos sistemas tradicionais, mas procurando despir-se de toda e qualquer parcialidade ao menos no que tange à evolução histórica dos modelos de ordenamento jurídico objetos desta pesquisa, inicia-se aqui uma breve análise quanto aos distintos contextos políticos e culturais dos quais advieram como produtos o *civil law* e o *common law*, bem como seus traços mais contundentes, desconsiderando-se, porém, as particularidades atinentes a cada país que os adotou.

1.1.1 *Civil law*

As primeiras nações a cultivarem o *civil law*¹ receberam influência romana, também fincando suas raízes nas tradições dos direitos canônico e germânico, além de nos princípios feudais (VIEIRA, 2007, p. 21-22).

O grande marco inaugural na trajetória de formação do *civil law*, porém, está nos reestudos dos textos romanos na Universidade de Bolonha, durante o século XI, promovidos com a finalidade de se obter máxima compreensão dos escritos de Justiniano (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 24). A análise centrava-se essencialmente no *Digesto*, o qual consistia em uma compilação de decisões judiciais,

¹ No âmbito internacional, a expressão *civil law* diz respeito ao modelo de ordem jurídica utilizado na Europa Continental – exceto nos países escandinavos –, na América Latina e demais ex-colônias (VIEIRA, 2007, p. 21).

excertos doutrinários e legais datada de 530 d.c. e representava a parte mais importante de uma coletânea ainda maior, nomeada *Corpus Juris Civilis* (VIEIRA, 2007, p. 30 e 35), apesar de não se tratar propriamente de um código².

A grande importância dessa fase de apuração dos escritos de Roma, que se deu à época em que as figuras do monarca e do Estado se confundiam com a do direito antigo, é devida não só por representar a gênese do sistematismo, mas também da jurisprudência e da relevância da doutrina nos países que adotaram o *civil law* (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 24).

Posteriormente, os excessos de privilégios ao clero e à nobreza, aliados à vulnerabilidade dos magistrados, culminaram na Revolução Francesa, que proporcionou a transferência do poder ao povo (ATAÍDE JÚNIOR, J. R., 2011, p. 19-20). A mudança de paradigma ensejou o segundo grande momento decisivo para a trajetória do *civil law*, tendo em vista ter elevado a lei ao papel principal nas fontes de direito deste modelo, como resultado tanto do pensamento de Montesquieu de que o poder não deveria se concentrar nas mãos de um só homem, quanto da Teoria da Vontade Geral de Rousseau, de cujos preceitos extrai-se que a vontade do povo deveria estar contida na lei e, sendo o texto legal respeitado, a população assim também o seria (QUEIRÓ, 1989, p. 205).

Com essa nova ordem jurídica instaurada, que exigia decisões arraigadas na imparcialidade, a tarefa do magistrado ficou restrita a aplicar a subsunção lógica do caso concreto à letra da lei. Estava esboçada, portanto, a imagem do juiz *bouche de la loi* (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 25).

1.1.2 Common law

A trajetória do direito anglo-saxão ocorreu de forma contínua, não havendo rupturas significativas, ao contrário do que ocorreu com o *civil law* (DAVID, 2002, p. 355). Coincidentemente, porém, recebeu influência romanística nas suas origens em razão de a antiga Britânia ter feito parte do Império Romano. Explica-se: apesar de as sucessivas invasões dos bárbaros lá ocorridas terem eliminado a vigência do direito romano e instaurado um novo ordenamento, a expansão da Igreja Católica

² Importante pontuar que, durante o período de vigência do *Corpus Juris Civilis*, não se admitiu o enrijecimento do direito, visto que se desenvolveu o método *aequitas*, melhor traduzido como "equidade", que permitia o julgamento de caso a caso (VIEIRA, 2007, p. 31).

trouxe novamente os preceitos romanísticos para os bretões (PLUCKNETT, 1956, p. 6).

Contudo, pode-se dizer que a formação do *common law* realmente começou com o domínio dos normandos, a partir de 1060, que implantaram a separação entre Igreja e Estado, colocando o monarca como senhor dos feudos (PLUCKNETT, 1956, p. 10-12). Neste período, os costumes eram, a princípio, a única fonte de direito, mas se demonstraram incertos em decorrência da mistura de dois povos distintos ainda em fase de adaptação à nova realidade social. Passou-se, então, a buscar-se a almejada segurança nos tribunais, que confirmavam os costumes e reiteravam precedentes (ASCENÇÃO, 1975).

O fato de já se cultivar a repetição de precedentes não ensejava uma obrigação total em segui-los, visto que, pelo menos entre os séculos XVI e XIX, os *Law Reports*³ encontravam-se na era dos Relatórios Particulares e, ao reproduzirem integralmente o teor de julgamentos (WARD, 1998, p. 82-83), asseguravam a discricionariedade dos juízes, que podiam optar não seguir a decisão-paradigma quando esta fosse contrária à razão ou à lei divina (BLACKSTONE, 1765-1769).

Ainda assim, a repetição das decisões praticadas pelos tribunais acabou por dar a aparência de enrijecimento do direito. A reação a este percalço veio da própria chancelaria real, que estabeleceu, nos fins do século XV, um tribunal independente, cujas decisões tinham escopo na equidade e visavam suprir as deficiências do direito comum. Devido a tamanha particularidade, a jurisdição do chanceler chega a ser ousadamente comparada por Ascensão (1975) ao papel do pretor, demonstrando novamente uma estranha ligação para com o direito romanístico.

Entretanto, por volta do século XIX, a maleabilidade outrora conquistada pela *equity* já havia perecido, de modo a surgirem novos institutos, a exemplo do *trust*, que representa uma espécie de precursor do precedente de hoje (ASCENÇÃO, 1975).

³ Os *Law Reports* ou Relatórios de Casos continham a descrição de peças recursais, de partes envolvidas, dos fundamentos de decisões, dentre outras peculiaridades de casos concretos (VIEIRA, 2007, p. 116).

É nessa época que o uso dos precedentes começa a ser aperfeiçoado, com a atribuição de maior respeito aos *Law Reports*, que a esta altura haviam evoluído para Relatórios de Casos (VIEIRA, 2007, p. 116). Aqui, o embrião do *stare decisis*, da expressão *stare decisis et non quieta movere* ("ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso"), inicia um processo de maturação, vindo a consolidar-se ao fim deste mesmo século (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2012, p. 679).

Imperioso esclarecer que, em que pese o sistema de precedentes constitua um componente do *common law* contemporâneo, o modelo em apreço e o *stare decisis* não se confundem (ATAÍDE JÚNIOR, J. R., 2011, p. 34). A imprecisão do leitor menos avisado se justifica quando constatada a associação entre ambos institutos, aliada à ideia assinalada por Arruda Alvim Wambier (2013, p. 20) de que a história do direito comum seguiu um *continuum*, o que acaba por transmitir a falsa impressão de que o *common law* sempre foi do jeito que hoje se apresenta.

Não obstante, o equívoco conceitual não merece prosperar. Afinal, fossem *common law* e *stare decisis* um só elemento, seria impossível o reconhecimento da existência de um direito comum centenas de anos antes da teorização do uso de precedentes e da ainda mais recente noção de precedentes vinculantes (*binding precedents*). Ou seja, o costume, utilizado como fonte no *common law* clássico, é muito anterior ao *stare decisis* e ao *binding precedents*, cujas trajetórias veremos a seguir (MARINONI, 2013, p. 31-33 e 105).

1.1.2.1 O desenvolvimento do *stare decisis*

A eficácia vinculante dos precedentes judiciais passou a ser reconhecida nas primeiras décadas do século XIX com respaldo, ironicamente, no princípio da separação de poderes e da supremacia do Parlamento. O pontapé inicial se deu na ocasião do julgamento do caso *Beamish v. Beamish*, em 1861, quando se estabeleceu à *House of Lords*⁴ a obrigação de respeitar as próprias decisões pretéritas, restando declarada expressamente a *doctrine of binding precedent* (CRUZ E TUCCI, 2012, p. 102).

⁴ No ano de 2009, a *House of Lords* passou a se chamar *Supreme Court of the United Kingdom*. Destaque-se que a mudança foi de cunho exclusivamente terminológico, visto que suas funções judicantes permaneceram as mesmas (GONÇALVES, 2012).

A referida teoria foi repetida no caso *Bradford v. Pickles*, de 1895, mas foi reconhecida definitivamente no ano de 1898 na resolução do caso *London Tramways Company v. London County Council*, em que a *House of Lords*, ao julgar o caso com base em análogo de 1894, não apenas reiterou o efeito vinculante de suas decisões, mas também consolidou a eficácia externa delas em qualquer corte de grau inferior. Assim, além de se firmar a *binding precedent*, tronco de todo o *stare decisis*, caracterizou-se uma hierarquia funcional (CRUZ E TUCCI, 2012, p. 103-104).

Cruz e Tucci (2012, p. 103) lembra também que a consagração da teoria moderna do *stare decisis*, que preceitua a vinculação do julgado à corte que o proferiu (eficácia horizontal interna) e aos órgãos inferiores (eficácia vertical externa), objetivando garantir a segurança jurídica e a uniformidade, veio com a ilustre doutrina de Sir Baron Parke J., que teve inspiração em Blackstone⁵.

Esclareça-se que o processo de alteração na cultura jurídica do sistema, impondo a vinculação das decisões, não se deu de forma tão simplista quanto aparenta ser. Até o *stare decisis* assumir a configuração atual, houve outros fatores determinantes, a exemplo da fusão dos tribunais nos Estados Unidos, medida esta que não se concretizou completamente na Inglaterra, inobstante os *Judicatures Acts* de 1873 a 1875 (ASCENÇÃO, 1975).

Necessário mencionar, ainda, que a *House of Lords*, em 1852, já completamente vinculada a suas decisões, em *Bright v. Hutton* declarou-se competente para corrigir eventuais erros que tivesse cometido, a exemplo dos demais tribunais. A primeira vez em que se fez uso dessa função, porém, ocorreu somente em 1966, na proclamação da *Practice Statement of Judicial Precedent*, uma resolução específica admitindo que a aplicação acrítica do precedente aos casos concretos poderia acarretar uma injustiça. Tal resolução constituiu um marco no *stare decisis*, apesar de sua aplicação prática ter sido demasiado insignificante, tendo o primeiro caso de *overruling* nesta configuração ocorrido em 1968 (CRUZ E TUCCI, 2012, p. 102-103).

⁵ Os textos de Blackstone, na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII, foram de grande relevância para a consolidação do *common law* diante de uma sociedade que estava em rápido processo de modernização. Segundo o jurista, o direito deveria ser declarado pelos juízes na ocasião dos julgamentos, os quais seriam proferidos livres do juízo de valor do magistrado e constituiriam precedentes a serem devidamente respeitados (BLACKSTONE, 1765-1769).

Tamanha rigidez colocou a magistratura em posição desconfortável perante a evolução natural do direito, tendo em vista que os institutos que permitiam a não aplicação dos precedentes em determinados casos ainda careciam de intensos aperfeiçoamentos. Somado a isso, emergiam vigorosos embates doutrinários acerca da criação de direito por parte do Judiciário, colocando em oposição estudiosos de renome acerca da natureza funcional do juiz.

1.1.3 O juiz *bouche de la loi* v. *judge make law*

A premissa de que o direito poderia ser dependente da vontade é corolária da superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo e repercutiu de formas distintas no *civil law* e no *common law*, contribuindo significativamente para a composição da figura que o magistrado passou a ocupar em cada um dos sistemas (MARINONI, 2013, p. 48).

A respeito de tais reflexos, tem-se que os membros do Judiciário francês, durante o *Ancien Régime*, eram pertencentes à classe aristocrática e seus cargos, comprados, tornando-se objeto de herança. Aliado a isso, os juízes pré-revolucionários mantinham estreita relação com a nobreza feudal, de modo que atuavam a seu favor ao interpretarem as novas leis sob o viés da conservação do *status quo* vigente. As ideias iluministas que efervesciam nessa época, a fim de eliminar a reiterada deturpação de poder, ensejaram, como já explanado, a Revolução Francesa, que objetivou o surgimento de um novo direito nacional que pudesse elidir as tradições não apenas do direito francês antigo, mas também da autoridade *ius commune* (MERRYMAN, 1989, p. 41-42).

Diante do histórico espúrio da atuação dos juízes, estes não foram vistos como merecedores de atribuições de confiança, sendo então acolhidas as ideias de Montesquieu (2004, p. 180) de que os magistrados do *civil law* deveriam ter seu poder limitado à declarar a letra da lei, melhor, *seriam* a própria "boca da lei".

Para que tal limitação ao arbítrio do juiz surtisse efeitos práticos, a nova ordem jurídica, fruto do racionalismo exacerbado, deveria ter como características a clareza e a capacidade de regular todas as situações conflituosas, materializado-se em códigos coerentes e completos. Indispensável seria, ainda, o estabelecimento da separação entre as funções do Legislativo e do Judiciário,

firmando como mais uma barreira à interpretação da lei pelo juiz a sua submissão ao Parlamento, que a esta altura assumia uma postura quase absolutista (MERRYMAN, 1989, p. 41-42; ATAÍDE JR., J. R., 2011, p. 21).

De acordo com a perspectiva utópica e romântica da revolução, positivada na Lei Revolucionária de 1790, o magistrado proferiria suas sentenças sem fazer uso de seu juízo de valor, sendo completamente despicienda a interpretação do texto legal, ao passo que apenas o Parlamento criaria o direito. Na rara hipótese de lacuna do ordenamento ou conflito entre as normas, o juiz teria a obrigação de apresentar a matéria ao Poder Legislativo para que este pudesse realizar uma "interpretação autorizada" (MERRYMAN, 1989, p. 84-85).

No mesmo ano em que se promulgou a lei retromencionada, instituiu-se a Corte de Cassação Francesa, a qual não fazia parte do Judiciário e tinha como objetivo essencial a supremacia do Parlamento, o que tornava a *Cassation* um outro recurso para se manter a imparcialidade dos magistrados. Esse órgão não impunha a consulta obrigatória da interpretação autorizada prevista na Lei Revolucionária e, por não possuir poder jurisdicional, estava impedido, a princípio, de firmar a interpretação correta e reformar as decisões sob sua análise (MARINONI, 2013, p. 58-59).

Por um tempo, sua atuação ficou restrita a cassar ou anular os efeitos das decisões que ultrapassassem o sentido disposto no texto legal. Todavia, aos poucos a Corte de Cassação adquiriu a faceta de órgão jurisdicional de cúpula, sobrepondo-se aos demais tribunais, a ponto de sua competência passar a ser a garantia da correta interpretação da lei, obstando interpretações equivocadas dos tribunais inferiores (MARINONI, 2013, p. 59).

Esta mudança veio para confirmar que a interpretação legal é tarefa do próprio Judiciário, e não do Legislativo, como supunham os iluministas. Tal consciência, porém, não foi capaz de demonstrar cabalmente à cultura do *civil law* que, além deste, outros dogmas da Revolução Francesa já nasceram potencialmente falíveis, como o que prega a eliminação dos valores dos juízes na ocasião dos julgamentos e o da própria segurança jurídica.

Enquanto no *civil law* a suplantação do positivismo jurídico implicou o ideário de que a vontade pertencia exclusivamente ao Parlamento, devido à estrita

separação de poderes imposta, na esfera do *common law* a nova corrente predominante promoveu consequências antagônicas, tendo este sistema se voltado para a vontade no Judiciário, demonstrando, portanto, confiança na magistratura e a imposição da tese de que o direito é produto das decisões judiciais – não da tradição e dos costumes –, o que ensejou aquilo que se pode chamar de direito jurisprudencial (DAVID, 2002, p. 428).

Essa aposta no Judiciário não se apresenta incoerente diante do papel representado pelos juízes na evolução do *common law*. Para Marinoni (2013, p. 44-45), a supremacia do parlamento, instaurada por meio da Revolução Inglesa de 1688, ganhou acepção diferente do lhe atribuído na França. O referido autor discorda de Cappelletti no sentido de que a *supremacy of the English parliament* buscava submeter o juiz ao Parlamento, uma vez que o ordenamento inglês se caracterizou justamente por subjugar apenas o poderio do rei a determinados critérios e pressupostos imputados pelo *parliament*. Como exemplo, cita o episódio em que Guilherme de Orange fora obrigado a se submeter ao icônico *Bill of Rights*, editado ainda em 1689.

Nesse limiar, a afirmação do Parlamento inglês não objetivava a criação de um novo direito através de imposição de superioridade, mas manter o conservadorismo e encarar a lei como elemento representativo das tradições do país. Juntamente ao legislador, estavam empenhados os juízes na luta contra o absolutismo do monarca, não tendo sido identificada a necessidade de escravizar a atuação do magistrado à lei (MERRYMAN, 1989, p. 42).

Sem aqui adentrar na discussão acerca das implicações da supremacia do parlamento nas colônias, por não constituir objeto desta pesquisa, imperioso ressaltar que a Revolução Puritana atribuiu enorme destaque ao próprio *common law*, tendo em vista que colocou o sistema contra o monarca, o qual passou a ser subordinado não à produção legislativa em si, mas ao direito inglês como um todo, cuja produção estava pautada pelo modelo jurídico. Ademais, os atos estatais passaram a ter sua legitimidade controlada pelos juízes em observância ao ordenamento, num prenúncio de controle de constitucionalidade (ARGÜELES; ROIG, 2003, p. 787).

Mesmo podendo interpretar a lei, o magistrado do *common law* estava a ele submetido e atuava em sua função, sempre com base no direito (ASCENÇÃO, 1975). Todavia, subsiste ainda divergências quanto ao caráter do desempenho funcional do juiz. Afinal, ele teria autoridade para criar o direito ou apenas o declararia?

A postura da doutrina clássica, encabeçada por Blackstone (1765-1769), é a de que o magistrado declara o direito comum, inclusive através do respeito aos precedentes, por entender-se que há não apenas a lei escrita, mas também a *lex non scripta*. Mesmo contemporaneamente, Ronald Dworkin (1978) ainda defendia tal posicionamento, negando a criatividade jurisdicional e possuindo a pretensão de desenvolver uma visão "interpretativista" na compreensão do *common law*.

Já a teoria constitutiva, que ganhou força com a ascendência do positivismo jurídico e assumiu o papel criativo do juiz, delineou-se conforme explanado alhures, ou seja, o *common law* existiria por ser o direito gerado a partir da vontade dos magistrados, os quais possuiriam *law-making authority* e assumiriam a roupagem do *judge make law*. Tal teoria foi defendida ferrenhamente por Jeremy Bentham (*apud* BOBBIO, 2006, p. 96-97), ao sustentar, em linhas gerais, ser ilusória a ideia de que o direito seria aplicado no caso concreto sem constituir produto de pensamento de ninguém, exceto o do legislador.

Em meio a tantos argumentos adversários, podem-se eleger três planos principais de conflito entre ambas as teorias, sendo o primeiro o fato de a corrente declaratória defender que o juiz jamais virá a proferir decisões ante a direito ainda não estabelecido, o que a teoria constitutiva acredita ser ficção, uma vez que os tribunais costumam julgar questões até então desconhecidas. Um outro ponto importante de controvérsia é a quebra da separação dos poderes, que é condenada pela teoria clássica, mas que, segundo a visão positivista, seria parcialmente justificável sob o argumento da impossibilidade de manter uma divisão inflexível. O último aspecto polêmico a ser elencado é a alegação de que, caso o tribunal crie um direito, estar-se-ia aplicando uma norma de forma retroativa (ASCENÇÃO, 1975).

De qualquer sorte, tanto a teoria declaratória quanto a constitutiva mostram-se incapazes de justificar coerentemente o *stare decisis* em sua essência

pura. Por outro lado, ambas as correntes acabaram por reconhecer, de uma maneira ou de outra, o dever do juiz em respeitar obrigatoriamente os precedentes (MARINONI, 2013, p. 29, 31).

Conclui-se, portanto, que o mesmo fenômeno positivista e o novo prestígio do Parlamento refletiram de jeitos diversos nos sistemas *common law* e *civil law*, de modo que no primeiro, independentemente da discussão acerca da autoridade criativa, o juiz recebeu muito mais confiança para decidir, fazendo-o sempre em favor do sistema e do jurisdicionado, ao passo que o *civil law*, que utopicamente pretendia obter a imparcialidade jurisdicional através da limitação do poder do magistrado, acabou por estabelecer normas inibitórias tão rígidas que, ao longo dos tempos, demonstraram-se ineficazes, conforme aqui será visto posteriormente.

1.2 A aproximação entre *common law* e *civil law* e as incongruências da ordem jurídica contemporânea

Muito se fala em um movimento hodierno de convergência dos modelos *common law* e *civil law*⁶: enquanto no primeiro identifica-se um crescimento do direito positivo – a exemplo da entrada em vigor do Código de Processo Civil Inglês em 1999 –, nos países de tradição codicista a jurisprudência tem recebido maior atenção dentro do ordenamento (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 17).

Porém, a exploração até aqui desenvolvida, em que pese a complexidade da matéria impossibilite uma análise completa e um esgotamento do tema, sob pena de desviar-se do objeto deste estudo, permitiu que se identificasse um traço comum entre estes dois sistemas desde os seus primórdios, qual seja, a aspiração à previsibilidade das decisões.

É bem verdade que cada um dos modelos buscou atingir tal objetivo de maneiras completamente diferentes, mas é inegável que na concepção de ambos o que se visava era julgar da maneira mais justa ao jurisdicionado. Isso fica evidente ao se constatar que os ideais da Revolução Francesa preceituavam que a segurança jurídica e a igualdade somente seriam atingidas se o juiz permanecesse aprisionado à lei, sem

⁶ Inclusive, Taruffo (2003, p. 152-153) acredita nem mais existirem *common law* e *civil law* puros, chegando a afirmar que os modelos já estariam em processo acelerado de superação e obsolescência.

poder interpretá-la, uma vez que o texto legal seria suficiente para a garantia da pretendida previsibilidade (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2012, p. 678-679).

Mas, ainda que sem adentrar nas questões da filosofia hermenêutica, à qual faremos breve menção no último capítulo deste trabalho, não restam dúvidas de que o magistrado é muito mais que a “boca da lei”, logo, impossível fechar os olhos para o fato de que a jurisdição exerce atividade criativa no *civil law*.

Como todo ser humano, o julgador está imbuído de valores próprios, dos quais certamente fará uso ao interpretar a legislação. Ademais, restou comprovada a existência de lacunas e conceitos vagos na lei, bem como de normas conflitantes, hipóteses que exigem decisões com fulcro em outras fontes de direito, sopesadas e aplicadas à mercê da discricionariedade do magistrado.

A definição original desse juiz absolutamente neutro, portanto, desvaneceu de tal maneira que se pode dizer que o papel criativo do togado do *civil law* hoje supera o do seu colega do *common law*. Como corolário, passaram a sobrevir, dentro do *civil law*, decisões diferentes para casos concretos idênticos, colocando por terra o dogma de que o magistrado não faria interpretações da lei (MARINONI, 2013, p. 67).

Impossível deixar de deduzir que, quando o Judiciário atua como “boca da lei”, nos termos do pensamento de Montesquieu, o seu discurso é o mesmo do Legislativo, sendo indissociáveis as normas do legislador e do magistrado. Como resultado lógico, a partir do momento em que se verifica que as palavras do juiz constituem uma abstração da lei, não mais se pode aferir a existência de uma produção normativa una, tendo em vista ser imperioso admitir, mesmo dentro do *civil law*, que esta também deriva do Judiciário. Assim, o sistema age como se outorgasse diferentes normas para o mesmo caso. Estas normas, indiscutivelmente, acabam por serem incompatíveis com a ordem constitucional de um Estado Democrático de Direito, cujos pilares se assentam na segurança jurídica e na igualdade (ÁVILA, 2009, p. 30; ATAÍDE JÚNIOR, J. R., 2011, p. 31).

As incongruências, infelizmente, não se resumem a um juiz oposto àquele previsto nas doutrinas, à falta de credibilidade de um Judiciário que tem como objetivo mor aplicar a lei uniformemente, a um jurisdicionado que não consegue ter a

certeza do seu direito ou a um Estado que se diz Democrático de Direito, mas permite a violação de seus princípios basilares.

Sendo assim, mister se faz a busca urgente por uma solução plausível e realista, que pode ser obtida caso o *civil law* se espelhe na trajetória do *common law*. Afinal, os infortúnios ora explanados não ocorreram neste último sistema, o qual, também objetivando garantir a previsibilidade, optou por um caminho em que a segurança almejada seria encontrada não na lei, mas nos precedentes, elegendo-os como sua principal fonte e sedimentando esta postura ao não só adotar definitivamente o *stare decisis*, mas ainda admitindo, não sem discussão, a possibilidade de criação do direito por parte do seu juiz (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2012, p. 679).

Necessário lembrar que a possibilidade de adoção do *stare decisis* pelos sistemas *civil law* não causa estranhamento, tendo em vista que, conforme já estabelecido nesta pesquisa, o sistema de precedentes está longe de ser um privilégio do *common law*, sequer com ele se confundindo.

De qualquer sorte, o fato é que, ao menos no Brasil, o *civil law* parece estar paulatinamente incorporando alguns elementos que remetem à essência do respeito a decisões reiteradas, como a crescente utilização, por parte dos tribunais, das técnicas de uniformização jurisprudencial e de aceleração procedimental legítimas diante da jurisprudência já pacificada (MONERRAT, 2012, p. 343-344). Porém, o problema se agrava quando são feitas “importações” de métodos e conceitos sem que haja uma real percepção dessa mixagem dos modelos jurídicos ou uma autêntica preocupação em se criar um sistema de precedentes nacional, configurando uma “*common law* à brasileira” (THEODORO JR.; NUNES; BAHIA; 2010, p. 41). Talvez por isso, suas reformas pontuais apresentam-se como pequenas partes de uma enorme colcha de retalhos que, inocuamente e sem assumir com clareza tanto as falhas de seu modelo quanto uma relação mais próxima com o respeito às decisões pretéritas, pretende resolver os erros do passado.

1.3 Os precedentes no sistema jurídico brasileiro atual

A promulgação da Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova era no direito pátrio ao abrir caminho para que as teorias de grandes pensadores, como

Habermas, Alexy, Dworkin e Hart, propiciassem o surgimento de um debate concernente à possibilidade de nosso Judiciário assumir um perfil mais ativista em oposição àqueles que defendem uma postura minimalista (*self restraint*). Contudo, em que pese a polêmica instaurada tenha de fato enfraquecido a reputação ilibada da teoria positivista, a celeuma não demonstra plena ciência da complexidade das contradições presentes no ordenamento brasileiro (NUNES, 2012, p. 248).

É de se reconhecer, entretanto, que esta dificuldade crônica do sistema se dá por conta da forte herança da tradição do *civil law*, a qual, conforme já exposto exhaustivamente neste trabalho, desde sua gênese permanece firme na crença de que o magistrado deverá limitar-se a reproduzir o texto legal, que, por sua vez, seria plenamente suficiente para a solução dos casos concretos.

Assim, a perspectiva de que as reformas da legislação representam a resposta inequívoca para os problemas do sistema processual brasileiro ainda está arraigada na cultura jurídica do país, notoriamente não apenas no clamor público pela criação de novas leis, mas também no fato de se estar depositando a maior parte das esperanças da solução das disfunções processuais no projeto de um novo Código de Processo Civil, o PL 8.046/2010 (NUNES, 2012, p. 246).

A aposta não se limita, porém, a uma solução estritamente legal. A dualidade ativistas v. minimalistas abriu definitivamente as portas para uma incorporação atabalhoada de elementos do *common law* e do sistema de precedentes, como brevemente explanado no tópico anterior. Desta forma, aliada à quantidade enorme de causas que abarrotam o Judiciário, a tendência de aplicação de técnicas que padronizem as decisões, a fim de finalmente se atingir aqueles objetivos iniciais comuns do *civil law* e do *common law* – tais como a segurança jurídica, a proteção da confiança e a igualdade –, vem se fortalecendo nos últimos anos (NUNES, 2012, p. 246).

A este respeito, Cruz e Tucci (2012, p. 111-122) além de já reconhecer a existência de uma certa vinculação de precedentes no Brasil, apresenta uma tipologia quanto à eficácia destes no nosso ordenamento, afirmando que atualmente o modelo nacional da vinculação seria o misto.

A primeira categoria estabelecida pelo referido autor seria a de *precedentes com eficácia meramente persuasiva*, na qual resta claro que o sistema brasileiro ainda é amplamente dominado pela história do *civil law*, motivo por que somente em casos excepcionais seria aceitável a padronização da decisão, como naqueles em que a repetição vem ocorrendo de forma constante e pacífica pelos tribunais.

O segundo taxionoma da classificação viria a ser os *precedentes com relativa eficácia vinculante*, ou de "*force de facto*", que seriam produto da decisão do incidente instaurado com fulcro nos arts. 476 a 479 do Código de Processo Civil, cujo objetivo é a uniformização do entendimento de um pretório a respeito de tese jurídica integrante de sua competência material. Neste aspecto também se enquadram os resultados obtidos através do incidente previsto no art. 555, §1º, do CPC, com a problemática, porém, de se referir tão somente a um caso específico.

Por último, dentro desta mesma tipologia, o Brasil já teria *precedentes com eficácia vinculante*, que seriam as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal (possibilitadas pela EC/2004, que inseriu o art. 103-A na CFRB/1988), as decisões advindas do controle concentrado de constitucionalidade por parte do STF e dos Tribunais de Justiça, bem como aquelas proferidas por ocasião de incidentes repetitivos (por força dos arts. 543-B e 543-C, também do CPC).

Há que se esclarecer que tal tipologia não é uníssona e tampouco incontroversa. Destarte, deve-se mencionar que a classificação que Monnerat (2012, p. 355-356) elabora quanto às técnicas de padronização que já estariam previstas e atuantes no ordenamento brasileiro se revela ainda mais complexa que a de Cruz e Tucci, apesar de guardar alguns elementos comuns⁷.

⁷ A classificação de Monnerat (2012, p. 355-356) assim se delineia: "a) técnicas de uniformização formais e com eficácia vinculante, exaustivas do STF e subdivididas em: a.1) súmula vinculante; e a.2) pronunciamentos do STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade; b) técnicas de uniformização formais sem (expresso) efeito vinculante e exclusivas de Tribunais Superiores, aí compreendidos: b.1) a declaração, pelo STF, da existência o inexistência da repercussão geral nos recursos extraordinários; b.2) os precedentes formados no julgamento de mérito dos recursos extraordinário e especial repetitivos;

Impende-se elucidar, por oportuno, a existência de posicionamento de que o precedente tratado em nosso ordenamento atual possui sentido ontologicamente diverso daquele que lhe é atribuído na tradição do *common law*. Seguindo esta linha, tanto no Brasil quanto na maioria dos países que adotaram o *civil law*, a natureza do precedente é eminentemente interpretativa, ou seja, tem como função declarada orientar como devem ser julgados casos análogos. Logicamente, no *common law* também um precedente interpretativo assumirá força obrigatória, contudo, neste sistema é admissível que um precedente ganhe o *status* de criador do direito, em oposição direta ao nosso, que, dentro da concepção ora explanada, limita-se parcamente a definir a interpretação (SANTOS, 2012, p. 137-138).

Assim, Miranda de Oliveira (2013, p. 19-20) afirma que, a rigor, os precedentes possuem autoridade vinculante no *common law*, inclusive no interior da própria corte que o proferiu, ao passo que no *civil law* a decisão-paradigma possui força meramente persuasiva. Por esta razão, o autor chega a apontar o fato de os precedentes brasileiros receberem *status* de orientação como uma das raízes para o sintoma de desarmonia das decisões que assola o direito pátrio (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2012, p. 699-702).

De mais a mais, o fato é que nos últimos anos se tornou possível pinçar algumas decisões dentro dos próprios tribunais pátrios que parecem reconhecer a existência de uma identidade essencial entre os casos *sub judice*, normalmente

b.3) os entendimentos sumulados pelo STJ e pelo STF – excluídas obviamente as súmulas vinculantes –, que possuem intenso grau de influência no procedimento, a ponto de obstar o cabimento de recursos, entre outros incidentes, nos termos do art. 518, §1º, do CPC.

c) técnicas de uniformização formais sem efeito vinculante e comuns a todos os tribunais, inclusive de 2º grau, que se caracterizam por um prévio procedimento específico de verificação e que, se não tão *influentes* a ponto de obstar o cabimento de recursos tais como as súmulas de tribunais superiores, são valorizadas o suficiente para autorizar outros cortes procedimentais e técnicas de aceleração, quais sejam:

c.1) o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos arts. 476 a 479 do CPC;

c.2) o incidente de uniformização de jurisprudência preventivo previsto no art. 555, §1º, do CPC;

c.3) o incidente de constitucionalidade disposto nos arts. 480 a 482 do Código que se volta a uniformização interna da questão constitucional.

d) entendimentos não produzidos formalmente, assim entendidos os posicionamentos valorizados pelo sistema processual, que não são produtos de um procedimento específico com tal finalidade, mas decorrem de constatações fáticas dos pronunciamentos dos tribunais sobre a questão, como a jurisprudência dominante e a jurisprudência pacificada, que autorizam, por exemplo, o julgamento monocrático do recurso pelo relator (art. 557, *caput*, do CPC);

e) precedentes de primeiro grau, isto é, *precedentes do juízo reiterados sobre a mesma questão jurídica*, valorizados pelo sistema processual (art. 285-A), que, por não disporem de uma técnica de uniformização de seus entendimentos, são, por esse motivo, uma constatação de ordem fática no âmbito de um único juízo." (grifos no original).

exprimidas em expressões como "hipótese análoga" (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 62-63) ou quando aplicadas súmulas de eficácia persuasiva.

Mesmo assim, o que se observa majoritariamente são decisões que decidem casos iguais de formas diferentes, inclusive proferidas coetaneamente pelo Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, que, respectivamente, têm o dever de definição do sentido do texto constitucional e de uniformização da interpretação da legislação federal. Por conseguinte, ainda que os magistrados das instâncias inferiores quisessem seguir o entendimento do STF e do STJ, subsiste grande dificuldade para tal, devido à mudança constante de posicionamento, que deixa não só os jurisdicionados sem a certeza de seu direito, mas também os juízes confusos se devem reconhecer ou negar determinado direito nos casos sob sua competência (MARINONI, 2013, p. 125-126).

A função uniformizadora dos tribunais superiores, portanto, apresenta-se pouco eficiente e, diga-se de passagem, chega a aparentar inexistir, apesar de, no caso do STJ, por exemplo, estar expressa no art. 105, III, *c*, CFRB/1988. É certo que o número de demandas que chegam até as cortes superiores é exorbitante, mas o que se verifica é uma preocupação maior em "corrigir" em grande quantidade interpretações dissonantes da lei nos casos concretos – de acordo com o entendimento atual dos componentes do colegiado –, dando-se pouca ou nenhuma importância em se retificar qualitativamente as divergências presentes dentro do sistema como modo de preservação de sua harmonia (SANTOS, 168-169)⁸.

⁸ A título meramente exemplificativo, podemos mencionar a divergência a respeito de qual taxa seria aplicável ao cálculo dos juros moratórios nas situações previstas pelo art. 406 do Código Civil, questão esta que perdurou durante anos no âmbito dos julgamentos do STJ.

Ainda no início de 2006, a Primeira Turma, no julgamento do REsp 814.157, de relatoria do Ministro Francisco Falcão, entendeu que a taxa em vigor seria a de 1% ao mês, sem prejuízo de incidência da correção monetária, nos termos do art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional. Posteriormente, no mesmo ano, no REsp 830.189, relatado pela ministra Denise Arruda, a Primeira Turma reiterou este posicionamento.

Contudo, meramente dias depois, a mesma Turma decidiu, no REsp 710.385 e no REsp 883.114, relatados, respectivamente, pelos ministros Teori Zavascki e Luiz Fux, que a taxa cabível aos casos do art. 406 do CC seria a Selic. Ressalte-se que, além de contribuir para a desarmonia jurisprudencial, tal entendimento se colocou manifestamente contrário ao Enunciado n. 20 da I Jornada de Direito Civil, que dispõe: "Art. 406: A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, um por cento ao mês." A percepção da necessidade da resolução da controvérsia, porém, apenas veio a ocorrer em agosto de 2013, quando o debate concernente a ambas as teses recaiu sobre ação indenizatória, levando à afetação do REsp 1.081.149 à Corte Especial.

Neste âmbito, as súmulas vinculantes, que podem ser definidas como um verdadeiro precedente sumulado (WOLKART, 2012, p. 293), tampouco são capazes de promover mudanças profundas na cultura jurídica, uma vez constituírem instituto extremamente controverso na doutrina.

O mesmo ocorre com o projeto do novo CPC, que reconhece inequivocamente a formação de precedentes dentro do sistema (SANTOS, 2012, p. 175), mas se demonstra inoperante em muitos aspectos, inclusive no que se refere à previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas – cuja função seria padronizar preventivamente –, pois poderia ensejar, nas palavras de Nunes (2012, p. 246), um julgamento com fundamentos enfraquecidos ao invés de engendrar isonomia a partir da legitimidade.

Na mesma esteira, Theodoro Jr., Nunes e Bahia (2010, p. 35) garantem que as reformas legais que vêm sendo promovidas no ordenamento brasileiro e o aprimoramento do sistema das súmulas não se mostram capazes de resolver a crise do Judiciário, pois as mudanças estão concentradas na alteração de textos, quando seria necessária uma reforma na atividade judicial como um todo.

Indubitável é que a dissonância de opiniões dos estudiosos a respeito deste movimento em direção aos precedentes incide amplamente sobre grande parte das técnicas de uniformização instauradas no nosso ordenamento. O tema, porém, é de grande complexidade, também não nos cabendo aqui adentrar profundamente em cada instituto e analisar as críticas das mais variadas espécies.

Todavia, do que se pôde apurar, na visão doutrinária o maior problema desta trajetória que o Judiciário brasileiro vem enveredando, repise-se, é justamente o fato de não ter abandonado publicamente os dogmas do *civil law*, rejeitando a hipótese da falibilidade destes, enquanto internamente reconhece que enfrenta violenta crise de legitimidade por seu alto nível de incoerência, motivo pelo qual, ousa-se pressupor, buscou alternativas com base em um sistema sólido como o *common law*, sem, contudo, incorporar seus elementos de maneira adequada. Assim, ao que nos parece, as técnicas de uniformização nacional carecem de efeitos práticos pela forma descontextualizada em que foram inseridas, compondo efetivamente essa "*common law* à brasileira" de que tratam os estudiosos.

2 A IMPRESCINDIBILIDADE DA ADOÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES

2.1 Noções básicas a respeito dos precedentes

Ao contrário do que o leitor inexperiente pode imaginar, precedente não é sinônimo de qualquer decisão já proferida, de jurisprudência ou de súmulas (REDONDO, 2013, p. 410-411), motivo pelo qual se identifica certa dificuldade na doutrina em definir o conceito deste instituto (SANTOS, 2012, p. 141-142).

Sendo assim, na concepção de Didier Jr., Braga e Oliveira (2013, p. 437) e de Redondo (2013, p. 406), precedente seria a decisão judicial a partir de um caso concreto que se torna uma diretriz para casos futuros semelhantes em virtude de seu núcleo essencial. Não destoia o pensamento de Marinoni (2013, p. 213-214), que acrescenta à noção anterior a ideia de que o precedente deveria também corresponder à primeira decisão que definitivamente delineia, ou mesmo elabora, uma tese jurídica. Além disso, Miranda de Oliveira e Anderle (2014, p. 309) acreditam que, para que o futuro precedente assuma pelo menos uma autoridade persuasiva, a decisão que o origina deve enfrentar exaustivamente os argumentos favoráveis e desfavoráveis à tese jurídica estabelecida.

Santos (2012, p. 143-149) vai além ao elaborar uma dicotomia sedimentada em uma concepção um pouco menos específica da explanada acima, explicando que há, na realidade, o precedente judicial em sentido amplo e o em sentido estrito. Conforme o autor, o precedente em sentido amplo equivaleria a toda decisão com potencial de influenciar a solução de casos posteriores, independentemente de sua força vinculativa formal⁹. O precedente em sentido estrito, por sua vez, deveria ter a sua potencialidade de interferir na decisão dos casos ulteriores declarada expressamente pelo órgão que o prolatou. O próprio autor reconhece, porém, que haveria problemas quanto a quais critérios os tribunais deveriam adotar para escolher qual de suas decisões mereceria tornar-se precedente.

Ainda, Sesma (1995, p. 34-35) expõe a existência de classificações dos precedentes quanto a sua autoridade que se demonstram muito similares com aquela

⁹ Neste ínterim, subsistiria aqui uma distinção quantitativa entre o precedente e a jurisprudência, sendo que o primeiro designa apenas uma decisão judicial, ao passo que a segunda categoria diria respeito a um conjunto de decisões.

que Cruz e Tucci elaborou com base nas suas observações dos "precedentes" brasileiros. Todavia, em que pese Sesma (1995, p. 37) tenha identificado que um precedente pode ser *persuasivo, relativamente obrigatório e absolutamente obrigatório*, optou por admitir apenas as duas primeiras categorias, visto que nos dias atuais nenhum modelo aceita precedentes irrevogáveis, como lembra Ataíde Júnior, J. R. (2011, p. 91).

Sabendo, portanto, estar-se diante de um conceito ainda não completamente definido, apesar da ironia da expressão, pode-se afirmar, de modo geral, que o precedente é uma decisão que visa tratar do mesmo jeito casos semelhantes (*treat like cases alike*¹⁰), criando uma norma jurídica (*legal rule*) capaz de ser aplicada a muitos casos futuros e que, dependendo do sistema jurídico, pode ter eficácia persuasiva ou obrigatória, admitindo-se que sua produção seja resultado de ação concreta ou abstrata (ATAÍDE JÚNIOR, J. R., 2011, p. 62).

Nesta senda, Cruz e Tucci (2004, p. 12) afirma que o precedente possui dois componentes: i) circunstâncias de fato que embasam a contenda; e ii) a tese ou o princípio jurídico consubstanciado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento da decisão. Desta maneira, apesar de trivialmente fazer-se referência à eficácia persuasiva ou vinculante do precedente em si, tem-se que o caráter obrigatório ou persuasivo pertence, na realidade, à sua *ratio decidendi* (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA; 2013, p. 427).

A questão, cuja importância decorre da visão dos ingleses e norte-americanos de que a definição da *ratio decidendi* é pressuposto suficiente ou necessário¹¹ para a decisão final e do fato de que é preciso identificar qual é a *ratio* do precedente para conhecer-se a porção que se tornará paradigma dos casos futuros (ATAÍDE JÚNIOR, J. R., 2011, p. 69, 73), merece melhores esclarecimentos, tratados com mais especificidade nos pontos a seguir.

¹⁰ Este princípio, conforme Marinoni (2013, p. 64), sempre constituiu o alicerce do *common law* e é um dos principais responsáveis pela manutenção da coerência do referido sistema e do respeito ao jurisdicionado.

¹¹ Marinoni (2013, p. 237) também lembra que, enquanto Rupert Cross entende a *ratio decidendi* como uma necessidade para a solução do caso, Simpson propõe que a *ratio* seja meramente suficiente, ensejando outra discussão doutrinária ainda não concluída.

2.1.1 *Ratio decidendi* (holding)

No *common law*, a relevância dos fundamentos de uma decisão é independente daquela atribuída a sua parte dispositiva. Isto se dá pelo fato de o decisório não ser visto como uma simples solução de um determinado litígio, mas como a constituição de um precedente, interessando, assim, também ao magistrado e ao jurisdicionado, que procuram, nos fundamentos do julgado, os motivos da decisão como forma de conhecer o direito nela assentado (MARINONI, 2013, p. 219).

Portanto, a *ratio decidendi* (ou *holding*, para os norte-americanos) é, em uma dimensão descritiva, o que motivou a decisão final. O sentido que realmente importa para este estudo, contudo, é o prescritivo, que atribui à *ratio* o caráter implícito ou explícito de *proposition of law*, tornando-a o *core* da decisão, a *rule*, ou, em outras palavras, o conteúdo responsável pela transformação do decisório em um precedente (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 43-44).

Atente-se que a *ratio* não será definida quando da prolação da decisão, mas apenas posteriormente, no momento em que o magistrado aplicá-la em um novo caso. Isso se dá em virtude de o precedente não ser uma norma abstrata, pois, na verdade, jamais é concebido para a solução dos casos futuros, limitando-se a debater apenas os elementos atinentes ao caso concreto de origem (MIRANDA DE OLIVEIRA; ANDERLE, 2014, p. 313-314).

Neste aspecto, a composição da *ratio* é formada pela percepção de três elementos, quais sejam, dos relevantes fatos do caso concreto (*statement of material facts*), do raciocínio lógico-jurídico do decisório (*legal reasoning*) e do juízo da decisão (*judgement*) (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 175).

Todavia, a matéria não está livre de debates, estando-se diante de um dissenso acerca da definição completa e dos métodos de identificação da *ratio decidendi* nas decisões, cabendo-nos explicar os principais rumos desta discussão.

O primeiro método desenvolvido com fins de sanar a controvérsia se difundiu ainda no final do século XIX, sendo chamado de "Teste de Wambaugh" em virtude do nome de seu autor, Eugene Wambaugh (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 434). Esta verificação se daria por um sistema de inversão, no

qual o conteúdo da premissa deveria ser alterado e, na hipótese de implicar a alteração do decisório, constatar-se-ia que a premissa de fato era imprescindível, o que daria a ela o *status* de *ratio decidendi*; já se a decisão se mantivesse incólume, a premissa não passaria de *obiter dictum* (SESMA, 1995, p. 83-84).

Marinoni (2013, p. 222-223) aponta que o referido método hoje é visto como falho na doutrina do *common law*, tendo em vista que, quando houvesse dois fundamentos autônomos em uma decisão e apenas um deles fosse invertido, o outro seria capaz de preservar a conclusão, impedindo que sobreviesse uma nova decisão.

Outra metodologia que merece destaque pela notoriedade que guarda no *common law* é a de Goodhart, primeiramente publicado no *Yale Law Journal*, em 1930, e que prestigiou a necessidade de se julgar casos semelhantes da mesma forma. Nos termos do mecanismo proposto, os fatos recebem maior atenção, visto que, para se detectar a *ratio*, necessário seria discernir quais os fatos foram considerados pelo juiz como materiais e fundamentais, aliados à própria decisão proferida que embasaram (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 435-436).

Uma última teoria impactante no *common law*, na perspectiva de Marinoni¹² (2013, p. 229-230), é a formulada por Rupert Cross em *Precedent in English Law*, segundo a qual o precedente seria a regra explícita ou implícita tida pelo juiz como indispensável para a solução final. Novamente, porém, o autor assinala as críticas que tal método recebe, destacando entre elas a de MacCormick – que entende se tratar de uma técnica muito abrangente –, e a mais recente de Duxbury – cujo pensamento alude ao fato de que a *ratio* acabaria correspondendo àquilo que o magistrado acredita ser a interpretação mais correta da lei, resvalando assim em uma subjetividade indesejada.

Lamentavelmente, as dificuldades recaem ainda sobre outras questões atinentes à *ratio decidendi*. Dentre os impasses, encontra-se a preocupação em se deparar com mais de uma *ratio* em um mesmo julgado, tendo em vista que o *common law* visa solucionar o caso e não outros aspectos relacionados a ele (MARINONI, 2013, p. 242)

¹² Para ilustrar a falibilidade das teorias de Wambaugh, Goodhart e Cross, Marinoni (2013, p. 234-236) utiliza o exemplo do caso *Perry v. Kendrick's*, no qual as alegações referentes às injúrias, sob a óptica dos três métodos, constituiriam *obiter dictum* e não *ratio decidendi*.

Importante mencionar, também, a existência de hipóteses em que se é excepcionalmente árduo encontrar a *ratio*, mesmo implicitamente, em uma decisão com fundamentação anêmica. Nestes casos, o decisório não adquire qualquer eficácia obrigatória, justamente pela carência de uma *ratio decidendi* (SESMA, 1995, p. 100).

Surpreendentemente, no Brasil, caso existisse a concepção de *ratio decidendi*, o revés seria mais tranquilo, tendo em vista que nosso ordenamento reconhece com facilidade a pluralidade de questões jurídicas num mesmo caso, e, conseqüentemente, admitiria como *ratio decidendi* todos os motivos utilizados para a conclusão de cada questão (ATAÍDE JÚNIOR, J. R., 2011, p 70).

De toda a exposição feita até agora, denota-se, dadas algumas menções pontuais à *obter dictum*, que este conceito está inevitavelmente atrelado ao significado de *ratio decidendi*. Contudo, assim como a (in)definição trabalhada neste tópico, o debate a respeito da noção de *obter dictum* também vem de longa data e se apresenta, igualmente, ainda insolucionável (MARINONI, 2013, p. 231), motivo pelo qual será melhor analisado no item subsequente.

2.1.2 *Obter dictum*

A doutrina do *common law* já se preocupou muito em estabelecer as diferenças entre *ratio decidendi* e *obter dictum* (ou apenas *dictum*), notadamente do século XVII em diante, graças ao grande valor atribuído pelo modelo em tela aos fundamentos da decisão (MARINONI, 2013, p. 231).

Após tentativas fracassadas de se chegar a um consenso quanto ao conceito de *obter dictum*, optou-se pela cômoda posição de estabelecer o significado pretendido a partir de uma definição negativa, de modo que *obter dictum* seria tudo aquilo que não configura a *ratio decidendi* (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 48).

Sendo assim, *obter dicta* consistem naqueles argumentos jurídicos que são apenas pincelados na decisão e, em virtude desse caráter acessório e secundário, não influenciam diretamente na conclusão do caso (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 430).

De fato, certas questões não suscitam dúvida acerca de sua dispensabilidade para o alcance da decisão, razão por que necessariamente são *obter dicta* (MARINONI, 2013, p. 233). Contudo, a noção negativa simplista encontra como óbice a já mencionada dificuldade em justamente se estabelecer o que seria *ratio decidendi* (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 49). Como corolário, encontram-se casos nos quais *obter dicta* têm sua natureza confundida com a de *ratio decidendi* e acabam sendo avocados como precedentes (TARUFFO, 2012, p. 282), ocasiões em que o que foi equivocadamente entendido como *ratio* deve ser "rebaixado" à *obter dictum* em decisões futuras (MARSHALL *apud* DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 432).

2.1.3 Distinguishing e overruling: as técnicas de flexibilização e superação dos precedentes

Após as primeiras noções explanadas acerca do funcionamento do *stare decisis* no *common law*, pode-se vir a imaginar que o sistema de precedentes assumiu ao longo dos tempos uma estrutura demasiada rígida, a ponto de implicar o engessamento do direito. Inobstante as aparências, tem-se que a força vinculante dos precedentes não impede a superação de uma tese já cristalizada em decorrência da evolução social (CRUZ E TUCCI, 2012, p. 109).

Não é de se negar o fato de que o reconhecimento da necessidade de se rever no plano horizontal as decisões no *stare decisis* deu-se vagarosamente, pontuada por marcos históricos distantes já apresentados nesta pesquisa, a dizer, a declaração da *House of Lords* de 1852 de que seria competente para corrigir ocasionais equívocos que cometera; a proclamação da *Practice Statement of Judicial Precedent*, mais de cem anos depois, admitindo a possibilidade de injustiça caso houvesse a aplicação indiscriminada dos precedentes; e a primeira oportunidade em que se empregou a superação de uma decisão vinculante, no ano de 1968.

De mais a mais, como já mencionado, na atualidade é absolutamente intolerável a vinculação perpétua de um precedente no sistema *stare decisis*, de modo que este se encarregou de desenvolver técnicas capazes tanto de identificar quando os precedentes devem ou não ser impostos no caso concreto, quanto de promover a superação do decisório sedimentado.

2.1.3.1 *Distinguishing*

A técnica do *distinguishing* se refere a não aplicação de um precedente nas hipóteses em que as peculiaridades do caso concreto acabaram por cancelar o afastamento da *rule* (MIRANDA DE OLIVEIRA; ANDERLE, 2014, p. 318-319), e se mostra como aquela de maior relevância dentre as que permitem a flexibilização na aplicação das decisões vinculantes, merecendo ainda mais atenção dos estudiosos e magistrados do que já lhe é concedida (WOLKART, 2012, p. 289).

Consistente no método de comparação¹³, o *distinguishing* tem como primeira etapa o confronto entre os elementos que caracterizaram os casos que deram origem aos precedentes e os componentes objetivos do caso concreto então *sub judice*. Identificada uma aproximação, segue-se para o segundo passo, qual seja, o exame da *ratio decidendi* das decisões vinculantes que poderá legitimar sua incidência no caso concreto (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 453). A partir desta análise, se os elementos fáticos fundamentais da *ratio* da decisão-paradigma forem diversos daqueles presentes no caso a ser julgado, esta simplesmente não deve ser aplicada (SOUZA, 2011, p. 231).

Realizada a distinção dos casos pelo magistrado, a ele surgem duas opções de interpretação. Escolhendo empregar uma visão mais restrita, o juiz dará ensejo ao *restrictive distinguishing*, justamente por constatar que as particularidades do caso sob sua competência impedem a aplicação plena do precedente. Ocorrerá, por outro lado, o *ampliative distinguishing* se o magistrado entender que, apesar das peculiaridades do caso concreto, a tese jurídica paradigma ainda assim é cabível, ampliando o alcance do precedente (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 171-172).

Importante frisar que o *distinguishing* não minimiza a vinculação do precedente, a qual só será afetada se subsistirem motivos justificadores da sua superação ou revogação além das especificidades da hipótese concreta. Afinal, quando da utilização do método aqui examinado, o tribunal não está afirmando que a norma contida no precedente é ruim, mas apenas que não pode ser aplicada ao caso

¹³ Didier Jr., Braga e Oliveira (2013, p. 454) afirmam que expressão "*distinguish*" pode designar o método comparativo em si (*distinguish*-método), bem como a sua conclusão, quando esta for no sentido de que há diferenças significativas entre o precedente e o caso concreto (*distinguish*-resultado).

devido a incompatibilidades elementares, de modo que o precedente permanece válido (MIRANDA DE LIVEIRA; ANDERLE, 2014, p. 318-319).

Também não procede a ideia de que a técnica em apreço é empregada por um ato de todo discricionário, visto que encontra limite na máxima do próprio *stare decisis, treat like cases alike* (ATAÍDE JÚNIOR, J. R., 2011, p. 83), sob pena de conduzir o *common law* a uma situação de caos (CRACKNELL, 1994, p. 100).

Neste ponto, apesar se não recepcionar o *stare decisis* e tampouco os precedentes em sua excelência, o ordenamento pátrio demonstra certa inclinação ao referido sistema, conforme parte da doutrina. Assim, Santos (2012, p. 144) entende que o dissídio jurisprudencial se assemelha ao método do *distinguishing*, ao passo que Wolkart (2012, p. 296), mais cauteloso, adverte que o afastamento de um precedente no Brasil deve-se a maior esforço argumentativo do que se costuma fazer uso no *common law*.

2.1.3.2 Overruling

As constantes e irrefreáveis evoluções da sociedade e do direito, por vezes marcadas pela alteração de valores, reformas jurídicas e novas tecnologias, podem tornar ineficaz a aplicação de determinado precedente aos novos casos. Nesta senda, é possível aduzir que uma decisão-paradigma perde seu *status* nos casos em que se demonstra contraditória, ultrapassada, obsoleta ou mesmo contém equívocos (CAMPOS MELLO, 2008).

Como corolário, reduzem-se estes fatores a dois cenários capazes de ensejar a superação de um precedente: a incongruência social – por não corresponder mais aos *standards* da sociedade –, e a inconsistência sistêmica – configurada pela desarmonia entre a decisão e o sistema jurídico (CAMPOS MELLO, 2008).

Quanto a esta questão, Marinoni (2013, p. 397) e Campos Mello (2008) concordam que, ao contrário de implicar a instabilidade e o efeito surpresa, a revogação de um precedente que não mais cumpre seu papel promove justamente os efeitos opostos, garantindo uma posição justa e adequada ao jurisdicionado.

Nestes termos, verificada a necessidade de superação completa do precedente, os tribunais devem aplicar a técnica *overruling*, que retira a força

vinculante de uma decisão-paradigma própria ou de cortes que lhe são inferiores e a substituem por outra (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 456). Tal substituição poderá ser expressa (*express overruling*) ou simplesmente tácita (*implied overruling*) (LOURENÇO, 2011). Ainda, a revogação pode ter efeitos *ex tunc*, quando o precedente revogado não poderá ser aplicado nem aos casos de origem anterior ao *overruling* (*retrospective overruling*)¹⁴; ou *ex nunc*, hipótese na qual o precedente ainda poderá ser aplicado nas lides instauradas previamente à mudança de entendimento (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 457).

Pede-se vênia aqui para deixar de lado importante ramificação da técnica em apreço, a *anticipatory overruling*, em razão de esta constituir fenômeno exclusivo das Cortes de Apelação norte-americanas¹⁵. Deste modo, nos limitaremos a defini-la, em apertada síntese, como a atuação das referidas Cortes que antecipa uma eventual revogação por parte da Suprema Corte, levantando uma celeuma centrada na dúvida quanto à possibilidade de o *stare decisis* admitir insubordinação a uma corte superior (MARINONI, 2013, p. 401-402).

Ao final, há de se fazer referência ao ordenamento brasileiro, o qual, segundo posicionamento doutrinário, atualmente apenas poderia fazer uso do *overruling* nos casos de súmulas vinculantes, por força do art. 103-A, §2º, CRFB/1988, na modalidade expressa (LOURENÇO, 2011) e desde que emanada pelo STF, não sendo técnica acessível a qualquer outro tribunal pátrio (WOLKART, 2012, p. 295).

2.2 Razões para atribuir força obrigatória aos precedentes

O Poder Judiciário, nos países que adotaram o *civil law*, vem enfrentando forte crise como consequência mormente da evolução histórica do

¹⁴ O *retrospective overruling*, nas palavras de Lourenço (2011), só poderia ocorrer com precedentes recentes e ainda não consolidados, como forma de segurança ao jurisdicionado.

¹⁵ Pelas mesmas razões, deixaremos de dedicar maior atenção às técnicas intermediárias ao *distinguishing* e *overruling*, quais sejam, em linhas gerais:

a) *technique of signaling*: na qual o tribunal, mesmo consciente do equívoco ou da obsolência do precedente, não o revoga de plano, passando então a indicar sua iminente revogação;
 b) *transformation*: transforma-se ou reconstitui-se o precedente, atribuindo mais relevância a fatos considerados não centrais no caso paradigma, para que a conclusão do caso *sub judice* seja compatível com a *ratio decidendi* do precedente;
 c) *overriding*: através de distinções consistentes, limita ou restringe parcialmente a aplicação do precedente (MARINONI, 2013, p. 334, 342-343, 346).

sistema, chegando ao ponto de não fazer jus ao Estado Democrático de Direito quando se permite prolatar decisões diferentes em casos fáticos semelhantes.

Por esta razão, tem-se hoje um Judiciário carente de racionalidade na proporção inversa em que se encontra superlotado de demandas, demonstrando-se cada vez mais ineficiente e desacreditado pelos cidadãos.

Neste contexto, o desenvolvimento de um sistema de precedentes apresenta-se como uma boa alternativa para a superação de tais máculas, motivo pelo qual elencamos alguns dos principais benefícios que a vinculação das decisões poderia ensejar no ordenamento pátrio.

2.2.1 Segurança jurídica e seus desdobramentos

O princípio da segurança jurídica vem positivado em nosso ordenamento especialmente no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal¹⁶, quando esta dispõe que o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada não serão afetados pela norma legal (SILVA, J. A., 2012, p. 434). Assim, é corriqueira a atribuição do sentido do preceito em tela como referente à irretroatividade.

Realmente, essa garantia ao passado, constituída pela coisa julgada, é imprescindível para a afirmação do Estado, visto que a confiança por ela proporcionada se assenta na imutabilidade do ato realizado pelo Judiciário. Contudo, a segurança jurídica deve ser entendida sob um viés muito mais amplo, abarcando a necessidade de certeza do direito, bem como a calculabilidade – conhecimento prévio das consequências dos atos – e a estabilidade da ordem jurídica (TAVARES, 2009, p. 728), componentes estes indispensáveis para a sedimentação de um Estado de Direito. Aqui se centra o ponto a ser repensado pelo modelo *civil law*, uma vez que a segurança jurídica deve não apenas propiciar o respeito a situações já sanadas, mas atuar no presente como um prospecto para o futuro (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 447).

Desta concepção, extraem-se dois postulados que contribuem para que a segurança jurídica não resvale na generalidade. O primeiro deles é a *previsibilidade*,

¹⁶ A segurança jurídica vem tutelada no texto constitucional como princípio da ordem jurídica estatal e direito fundamental também em outros dispositivos, a exemplo, no próprio *caput* do art. 5º, ou ao decorrer do princípio da legalidade (art. 5º, II).

que pressupõe a univocidade na qualificação das situações jurídicas para que se possa oferecer ao cidadão a segurança concernente ao comportamento que o Estado e terceiros terão diante de sua conduta (MIRANDA DE OLIVEIRA; ANDERLE, 2014, p. 308), não se confundindo, frise-se, com a absoluta certeza da decisão, visto que isto implicaria injustiças no caso concreto (WOLKART, 2012, p. 294).

Tal uniformidade de entendimento, no entanto, já esteve diretamente ligada à possibilidade de conhecimento pleno da legislação, tendo em vista que, no ideário do *civil law* clássico, o jurisdicionado precisaria tão somente inteirar-se de todos os textos legais para calcular a consequência de seus atos (ATAÍDE JÚNIOR, J. R., 2011, p. 30). Entretanto, ante a hiperinflação legislativa de nosso ordenamento e a multiplicidade de interpretações que podem ser atribuídas a um mesmo dispositivo, torna-se impossível que o cidadão, mesmo que em um contexto de codificação, consiga manter-se ciente de todas as leis para ser recompensado com a previsibilidade desejada.

O que se observa é que a previsibilidade decorre diretamente das decisões judiciais, visto que nelas são (ou, pelo menos, deveriam ser) estabelecidas as interpretações mais adequadas das normas quando incidentes no caso concreto. Por esta razão, é prescindível a compreensão da lei por parte do jurisdicionado, fato já reconhecido pelo *common law*, que relaciona a previsibilidade do sistema aos precedentes postos pelo Poder Judiciário (MARINONI, 2013, p. 122-123). Aliás, no *common law* sequer há lei que determine o respeito aos precedentes ou que regule a atribuição a eles de força vinculante, de modo que o acatamento às decisões paradigmas decorre da moralidade e da obediência às lições doutrinárias do *stare decisis* (SANTOS, 2012, p. 150).

Infelizmente, em oposição ao sucesso do *common law*, o *civil law* não enseja terreno fértil para que a previsibilidade aflore, coibindo a própria concretização da cidadania ao impedir que o cidadão conheça efetivamente seus direitos, motivo pelo qual os ordenamentos que assim atuam não poderiam nem mesmo ser qualificados como jurídicos (MARINONI, 2013, p. 125-126).

No caso específico do Brasil, inobstante identificar-se uma certa preocupação em promover a previsibilidade¹⁷, o sistema falha pelo completo desrespeito às decisões pretéritas, mesmo no interior dos tribunais superiores, cujas funções estão intimamente ligadas à pacificação de entendimentos, os quais deveriam servir como exemplo aos demais magistrados, como já explanado alhures (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 20-21).

O segundo postulado caracterizador da segurança jurídica é a *estabilidade*, que se encontra na dimensão objetiva do referido princípio e chega a ser considerada sua medula (TAVARES, 2009, p. 728). Ou seja, é essencial uma estabilidade mínima da ordem jurídica e, em corolário, da lei e das decisões judiciais, não apenas como uma garantia ao cidadão, mas também como forma de fortalecimento do Estado de Direito, sob pena de instauração de um Estado provisório, com uma ordem jurídica que não consegue se impor (RODRIGUES, 2014, p. 288).

Ressalte-se que não basta que o direito legislado seja estável, devendo as decisões do Judiciário também o serem, afinal, nada mais são do que atos de poder, que implicam responsabilidade sobre quem os emana. Desta forma, impossível falar em estabilidade propriamente dita de um sistema que mantém seu juiz descaracterizado, o qual não vê a globalidade do sistema de produção de decisões e acaba julgando de maneira contraditória, colocando definitivamente em risco a lógica da ordem jurídica (MIRANDA DE OLIVEIRA; ANDERLE, 2014, p. 308).

Assim, hodiernamente a segurança jurídica assume uma acepção de segurança-estabilidade, exigindo que as mudanças tenham como escopo a consistência e, após instituídas, o sistema permaneça estável até que seja novamente necessária uma alteração das posições jurídicas (CABRAL, 2013, p. 26).

Esclareça-se, por oportuno, que a estabilidade não deve ser confundida com o engessamento do direito, pois, como já mencionamos, nenhum modelo jurídico admite a imutabilidade do ordenamento (TAVARES, 2009, p. 728). Tampouco é sinônima de previsibilidade, uma vez que um sistema pode ser previsível no que tange

¹⁷ Marinoni (2013, p. 137) comenta que, no ordenamento pátrio, a segurança jurídica advinda de um precedente que está mais próxima da concepção do princípio defendida nesta pesquisa encontra-se na coisa julgada *erga omnes* concernente aos direitos difusos (art. 103, I e III, do Código de Defesa do Consumidor).

ao respeito às decisões vinculantes e, ao mesmo tempo, instável, devido a muitas revogações sucessivas dos precedentes (MARINONI, 2013, p. 127-128).

Do que já foi explicado, percebe-se que do princípio da segurança jurídica é possível deduzir dois outros princípios, sendo eles, o da proteção da confiança, que ecoa indubitavelmente no direito processual, impondo a uniformização das decisões (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 447), e, no mesmo liame, o princípio da não-surpresa, que, conjugando segurança jurídica e boa-fé, recomenda tanto o respeito ao passado, quanto o atendimento das expectativas legítimas do jurisdicionado perante o futuro, através de decisões reiteradas pelo Judiciário (FERRAZ JR., 2007, p. 8). Portanto, a confiança do cidadão merece ser garantida, mas não o será sem que haja a certeza de uma estabilidade da ordem jurídica, por mínima que seja (TAVARES, 2009, p. 728).

2.2.2 Isonomia

Para aqueles que acreditam que a desigualdade é inerente ao universo, a igualdade seria uma utopia. Porém, das diversas acepções de que este princípio já foi objeto, a mais famosa talvez seja a de Aristóteles, que atrelou as ideias de igualdade e de justiça, lecionando que o justo seria dar a cada um o que é seu (SILVA, J. A., 2012, p. 212-213).

De todo modo, hoje a igualdade é tida como elemento fundamental da democracia e, no ordenamento jurídico brasileiro, está consagrada como direito fundamental no art. 5º, *caput*, CRFB/1988 (SILVA, 2012, p. 211), ganhando no preâmbulo do texto constitucional *status* de valor supremo (CAMARGO, 2012, p. 571). Ainda, a legislação processual civil, de maneira expressa, reconhece o princípio em apreço, por força do art. 125, I, do CPC.

Contudo, importante notar que os dispositivos legais fazem referência apenas à isonomia perante a *lei* e não o *direito*, acarretando, de certa forma, somente uma igualdade formal. Necessário aqui, pois, impulsionar uma redefinição dogmática do princípio, tendo em mente a isonomia como um preceito mais amplo, que diz respeito não só a sua incidência sobre os particulares e o Poder Público na edição das leis, mas também na função jurisdicional (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 445).

Nesse sentido, Marinoni (2013, p. 142) esclarece que, na esfera do Judiciário, a igualdade deve ir muito além do que o tratamento idêntico às partes, com a salvaguarda do contraditório e da ampla defesa, além de do acesso à justiça. Enfim, o princípio da igualdade, para que tenha eficácia plena, impõe o julgamento isonômico de casos iguais, máxima do *stare decisis*, visto que certamente ocorrerá injustiça na hipótese de tratamento desigual pelos tribunais (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2012, p. 691-693).

Daí decorre a necessidade de se trabalhar para o estabelecimento da uniformidade das decisões judiciais, pois é inadmissível, perante o princípio da isonomia, que um cidadão tenha o seu caso solucionado de maneira diversa de outro indivíduo imbuído dos mesmos direitos e deveres perante a ordem jurídica, especialmente quando se tratam de demandas de massa (CUNHA, 2010, p. 149).

Outra questão reside no intermédio entre a concepção da igualdade face à lei e à jurisdição. Afinal, sendo a lei entendida como igual para todos, a sua interpretação também deverá o ser (CAMARGO, 2012, p. 572). Isto nos remete à problemática já apresentada quanto à indispensabilidade de se formar uma interpretação una da norma a fim de que esta possa servir como previsão ao jurisdicionado e garantir a coerência do sistema.

Nestes termos, se para que a lei promova um tratamento anti-isonômico deverá identificar um fator contundente de *discrímen*, ensejada por uma peculiaridade inerente ao objeto da norma, como ensinou Mello (2010, p. 17), não há por que se permitir a perpetuação acrítica da pluralidade de interpretações de uma mesma lei e, em decorrência, inviabilizar a uniformização da postura dos tribunais.

Impende-se esclarecer, por fim, que, nas hipóteses em que forem identificadas divergências entre o caso concreto e o precedente nos moldes apresentados no primeiro ponto deste capítulo, a decisão vinculante não só pode, como deve, deixar de ser aplicada, sob pena de aí sim violar a isonomia (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 446).

2.2.3 Lógica do sistema: da coerência do duplo grau de jurisdição ao desestímulo à litigância

É de causar estranheza que o *civil law* clássico, firme no seu dogma de que o juiz meramente faria uma subsunção legal nos casos sob sua competência, tenha inferido tamanha ênfase na instituição do *double degré de juridiction*. Afinal, se não seria possível a pluralidade de interpretações de uma mesma norma, não haveria por que reavaliar o mérito apenas para confirmar a primeira decisão (MARINONI, 2013, p. 129). Com efeito, a instauração da Corte de Cassação francesa demonstrou, como já mencionamos aqui, uma leve (ou, muito mais provável, não assumida) consciência do fracasso do juiz como "boca da lei", de modo que o sistema reconheceu, implicitamente, a multiplicidade de interpretações de uma mesma norma e a consequente necessidade de revisão das decisões.

Nessa esteira, a doutrina italiana patrocina a ideia de que o duplo grau decorre historicamente do pensamento hierárquico-autoritário da jurisdição e do Estado, gerando uma desvalorização do juiz singular e, ainda, colocando por terra a lógica do sistema, à medida em que o cidadão não consegue verificar uma uniformidade de decisões em nenhum grau de jurisdição, vendo-se obrigado a interpor recursos para ver seu direito reconhecido (MACHADO; LEAL JÚNIOR, 2010, p. 105).

Em outras palavras, quando os tribunais superiores já pacificaram uma determinada questão, ao sobrevir decisão contrária nas instâncias inferiores, o litigante se depara com a necessidade de recorrer para ser agraciado com o posicionamento que, desde o início, sabia ser a provável conclusão da demanda em que era parte (CAMBI, 2001, p. 112). Neste contexto, formalmente a ordem jurídica espera que as partes se conformem com a decisão proferida nos seus processos, contudo, da maneira como o sistema vem se comportando, completamente instável e irracional, as decisões perdem sua força imponente perante as partes, que se tornam muito mais facilmente irresignadas.

Maior dificuldade se encontra quando o cidadão constata haver divergências de posicionamentos dentro das próprias cortes superiores, fato infelizmente longe de ser raro no ordenamento pátrio. Nessas situações, o litigante se

sente ainda mais estimulado a interpor recursos, preferindo arriscar ter seus interesses melhor atendidos em uma eventual decisão a seu favor por outra instância jurisdicional do que aceitar uma decisão que lhe foi contrária ante a clara possibilidade de obtenção de entendimento diverso (ATAÍDE JÚNIOR, J. R., 2011, p. 126).

Assim, uma vez mais o sistema de precedentes desponta como meio para implantar a coerência da ordem jurídica, ao contribuir para a racionalização do duplo grau de jurisdição. Nessa dimensão, quando o Poder Judiciário oferece aos cidadãos certa previsibilidade, as partes são dissuadidas até mesmo de propor ações, pois já têm conhecimento de que sua pretensão não será reconhecida, não havendo por que os litigantes se desgastarem emocionalmente e dispensarem tempo e recursos financeiros num processo que muito provavelmente terá uma decisão que não lhes agradará (CAMARGO, 2012, p. 578-579).

Neste ponto, Marinoni (2013, p. 178) faz questão de esclarecer que o desestímulo à litigância pretendido nada tem a ver com a violação do direito de acesso à justiça, visto que o sistema de precedentes de maneira alguma visa *dificultar* o ingresso no Judiciário, pelo contrário, o fato de se oferecer uma previsibilidade ao cidadão *facilita* sua decisão quanto a propor ou não uma demanda, pois adianta ao jurisdicionado qual a presumível solução do seu caso.

No mesmo sentido, além de se evitar as abarrotações do Judiciário com recursos e ações que não precisariam, em tese, ser colocados diante dos tribunais, um sistema de precedentes incentivaria a realização de acordos, pois, como repetido à exaustão, concederia aos litigantes uma previsão da conclusão do seu caso (BANKOWSKI; MACCORMICK; MARSHALL, 1997, p. 490). Ou seja, muito embora a parte que fosse receber uma decisão a seu favor se encontrasse em situação mais favorável, a parte adversa se sentiria compelida a evitar a litigiosidade, com maior propensão a conferir vantagens ao oponente capazes de fazer valer a pena um acordo. Inclusive, a própria negociação do acordo se daria mais facilmente, uma vez que, cientes das reais possibilidades do processo, os litigantes teriam mais propriedade para discutir objetivamente os seus termos (MARINONI, 2013, p. 180-181).

2.3 Alegações no sentido contrário à aplicação do sistema de precedentes

O sistema de precedentes ainda é assunto muito controverso na doutrina do *civil law*, a qual costuma tecer diversos argumentos em oposição ao *stare decisis* na vã tentativa de reafirmar os grandes (e, em alguns aspectos, ultrapassados) dogmas do modelo romano-germânico.

A partir dessa corrente mais conservadora, percebe-se que as arguições contrárias ao sistema de precedentes mais comuns podem ser facilmente reunidas em três grandes teses, quais sejam, o desrespeito ao princípio da separação de poderes, o engessamento do direito e a violação à independência do magistrado. Nesse sentido, passemos a analisar agora os dois primeiros argumentos, destacando o último para ser examinado de forma pormenorizada no capítulo seguinte, visto que constitui o objeto central desta pesquisa.

2.3.1 Ofensa ao princípio da separação de poderes

O princípio da separação de poderes já havia sido sugerido por Aristóteles, John Locke e Rousseau antes de ser desenvolvido e amplamente divulgado pela obra de Montesquieu, tornando-se um verdadeiro brocardo constitucional a partir da Revolução Francesa, a qual, como já estudamos, constitui grande marco para o *civil law* (SILVA, J. A., 2012, p. 109).

Diante da concepção clássica do referido princípio, não seria impossível afirmar que a implantação de um sistema de precedentes implicaria sua violação direta e, em consequência, também do princípio da legalidade, sob o argumento de que haveria uma transferência de competência privativa entre os Poderes, mormente sob o prisma de que o *stare decisis* estaria permitindo a criação judicial livre de normas e as impondo ao jurisdicionado como se lei fossem (LEAL, 2003, p. 247).

Contudo, Silva, J. A. (2012, p. 109), ainda que partindo de uma premissa mais conservadora, leciona que, em decorrência da expansão das funções do Estado contemporâneo, o princípio da separação de poderes não mais comporta a mesma rigidez lhe atribuída na sua origem, de modo que, na atualidade, é mais

adequado falar-se em "[...] técnicas de *independência orgânica e harmonia dos poderes*" quando se tratar do sistema presidencialista.

Sobre as técnicas supramencionadas, o constitucionalista esclarece que a independência dos poderes significa que: i) a permanência das pessoas nos órgãos dependem exclusivamente da confiança do ente em que está investido; ii) é prescindível a autorização aos agentes públicos para que exerçam as atribuições que lhe são próprias; e iii) dentro dos limites constitucionais e legais, a organização dos serviços é livre. Já a harmonia entre os poderes refere-se às normas de cortesia e ao "[...] respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos [os Poderes] têm direito" (SILVA, J. A. 2012, p. 110). Imperioso ressaltar que o autor ainda adverte que não são absolutas a divisão de funções dos Poderes ou sua independência, visto que as interferências são inevitáveis.

Da mesma forma que o princípio de separação de poderes não pode ser visualizado de maneira inflexível, o princípio da legalidade também não é rígido, uma vez que a legalidade hoje tem como uma de suas acepções o dever do magistrado de julgar segundo o sistema jurídico. Além disso, este princípio somente terá aplicabilidade prática quando concretizado nos termos de um outro princípio basilar do Estado de Direito: o da isonomia (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 27-28 e 32). Conforme vimos, impossível falar de isonomia dentro da ordem jurídica e ao mesmo tempo entender como natural que o modelo jurídico permita a superveniência de decisões completamente discrepantes entre si, que reconhecem determinado direito a um cidadão, mas o negam a outro.

Ademais, não há como olvidar que *civil law* e *common law* estão convergindo, sendo que, no segundo modelo, após diversos debates, a doutrina que vem dominando é aquela que admite a interpretação do precedente e não a simples subordinação pregada pelos positivistas. O *civil law*, por sua vez, segue faticamente a mesma direção, ou seja, enquanto na práxis o juiz cria muito mais o direito que seu colega anglo-saxão, os doutrinadores resistem bravamente em tentar relegitimar os dogmas do sistema (ATAÍDE JÚNIOR, J. R., 2011, p. 47).

Faz parte inclusive da função declarada do Judiciário não só fixar a interpretação do texto legal, mas também, "[...] a partir da Constituição, negar a lei,

alterá-la ou mesmo criá-la diante de omissão ou insuficiência capaz de inviabilizar a tutela de direito fundamental" (MARINONI, 2013, p. 202). Desta forma, se o sistema autoriza que o Judiciário declare a (in)constitucionalidade de uma norma, o dogma da separação estrita dos poderes já restou aniquilado, afinal, o referido princípio não é sinônimo de sujeição, mas de independência, harmonia e igualdade entre os Poderes (WELTER, 2006, p. 36).

Acima de tudo, tem-se que os precedentes, na verdade, não têm natureza legislativa. Isto decorre do fato de que as decisões paradigmas devem ser revogadas pelos próprios tribunais (ou por aqueles de instâncias superiores) e somente exercem obrigatoriedade sobre os membros do Judiciário e os litigantes. Outrossim, tais decisões encontram-se em um plano que Marinoni (2013, p. 201) chama de *intralegal*, pois costumam definir a interpretação da norma a ser seguida, enquanto a lei atua como uma inovação dentro do sistema.

Diante deste apertado exame, constata-se que a tese de que o sistema de precedentes violaria a separação dos poderes é fundada nos dogmas ultrapassados do *civil law*, os quais claramente tiveram sua importância no desenvolvimento do modelo jurídico, mas hoje se apresentam obsoletos e pouco eficientes face às necessidades do cidadão.

2.3.2 Engessamento do direito e o tratamento desigual

Uma outra argumentação recorrente entre aqueles que são assumidamente contra a implantação de um sistema de precedentes é o de que o direito não evoluiria, permanecendo inalterado, aliado à problemática de que a aplicação do mesmo precedente a todos os casos análogos implicariam injustiça aos cidadãos. Todavia, razão não assiste aos defensores desta concepção, uma vez que *uniformidade* não é sinônimo de *eternidade* e tampouco *certeza* e *estabilidade* significam *imutabilidade* (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 13).

Fosse verdadeiro o mito do engessamento do direito em razão da vinculação de decisões, atualmente os tribunais dos países que adotaram o *common law*, fazendo uso dos precedentes elaborados no passado, ainda julgariam casos perpetuando noções culturais claramente ultrapassadas, a exemplo da escravidão (MIRANDA DE OLIVEIRA; ANDERLE, 2014, p. 316-317).

Conforme repetido múltiplas vezes nesta pesquisa, o *stare decisis* deixou de ser estático. Tanto, que desenvolveu técnicas de flexibilização da aplicação dos precedentes a partir do caso concreto, sobre as quais já discorremos. Sendo assim, sempre que o tribunal identificar que determinado precedente não deve incidir sobre o caso que está sob sua competência, seja porque os fatos materiais do caso *sub judice* se diferem substancialmente dos presentes na decisão-paradigma, seja porque o precedente não mais atende à realidade do mundo, dentre outras motivações, o magistrado não deve aplicar tal precedente, inclusive podendo retirar seu efeito vinculante, a depender da técnica cabível.

Destaque-se que a alteração da jurisprudência advinda da mudança de entendimento individual do magistrado ou de um colegiado, tão comum no *civil law*, não caracteriza a evolução ou a adaptabilidade do direito, regra geral, pois esta alteração normalmente ocorre de maneira abrupta, ensejando efeitos nefastos ao jurisdicionado (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 56).

Além disso, o argumento de que os precedentes constituem óbice à isonomia substancial também não procede, pois, como já demonstramos aqui, as decisões-paradigma não devem ser aplicadas de maneira acrítica a todo e qualquer caso que lhes for semelhante, pelo contrário, o magistrado deve realizar um juízo comparativo entre o caso concreto e o precedente para verificar a hipótese de incidência deste ou não.

Destarte, apenas a aplicação irrefletida dos precedentes pode causar injustiça ao jurisdicionado, tanto em consequência de um tratamento desigual, quanto da indiferença às alterações sociais, econômicas e culturais da sociedade. Neste ponto, Marinoni (2013, p. 195) lembra sabiamente que a aplicação arbitrária da lei causa os mesmos danos que a dos precedentes causaria, visto que ambas deixariam de observar as peculiaridades do caso concreto. Afinal, a desigualdade de tratamento diante da lei pode existir ao mesmo tempo em que a lei formalmente emana isonomia, valendo a mesma lógica para os precedentes.

Isto nos remete diretamente à consciência de que, em última análise, é a discricionariedade do magistrado que irá definir se o cidadão receberá, a partir das particularidades do seu caso, tratamento igualitário perante a lei ou ao precedente. Daí

percebemos a necessidade de repetir que, o que faz com o que os magistrados do *common law* apliquem adequadamente as decisões-paradigma é o senso moral que lhes é embutido pela cultura jurídica em que estão inseridos, norteadada pela doutrina do *binding precedent*, não havendo lei que defina os parâmetros de aplicação.

Neste norte, Duxbury (2008, p. 16) reforça que, no *common law*, as técnicas de flexibilização apenas são utilizadas quando alicerçadas em argumentos sólidos e o quão raro é se encontrar um juiz que se negue a aplicar sistematicamente os precedentes. Completamente oposto está o juiz do *civil law*, que, dentro de um sistema que não preza a vinculação das decisões e a uniformidade de entendimentos, deixando de cobrar-lhe na prática uma postura coerente, com muito mais facilidade fere a isonomia.

3 O SISTEMA DE PRECEDENTES EM FACE À INDEPENDÊNCIA DO MAGISTRADO

3.1 Notas introdutórias

Como bem lembrado por Santos (2012, p. 185-186), a imposição de limites à liberdade de interpretação do magistrado sempre foi vista como tema altamente polêmico, mormente nos países que adotaram o *civil law*, não sendo diferente no Brasil. Debates incendiosos foram levantados toda vez que foi implantada uma inovação no direito que poderia ser entendida como freio ao poder criativo do juiz, a exemplo da instituição da Súmula Vinculante e do Conselho Nacional de Justiça, trazidos pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

Por esta razão, é quase aceitável que aqueles que se posicionam contrariamente à recepção de um sistema de precedentes utilizem-se do argumento de que a vinculação de decisões certamente tolheria a independência do Judiciário. Em parte, deve-se admitir que seu reclamo é legítimo quando pretende garantir a defesa dos preceitos de um Estado Democrático de Direito. Contudo, propomos aqui uma análise sob uma outra óptica, buscando o verdadeiro sentido desta independência e revisitando, ainda, a temática da interpretação promovida pelos juízes, a despeito dos dogmas do sistema, para que então possamos constatar se o argumento da doutrina conservadora procede.

3.2 Evolução e conjuntura atual da garantia à independência do juiz

Se hoje a independência da magistratura é tida como pressuposto básico para a manutenção de um Estado Democrático de Direito (RAMIRES, 2012, p. 5441-5442), até pouco tempo atrás não se pensava assim. Com efeito, Aristóteles e Giovanni Gravina já faziam referência à ideia de um Judiciário independente (DALLARI, 2001), mas foi com Montesquieu e o surgimento do Estado Liberal que se iniciou a gradativa compreensão acerca da necessidade do postulado, mormente quando o renomado pensador, apesar de definir a atividade do juiz como mero

reprodutor das palavras da lei, colocou, em linhas gerais, o Judiciário como um dos poderes estatais¹⁸ (SAMPAIO, 2011).

Porém, a exigência de um juiz independente apenas transcendeu o mundo das ideias e se materializou em um ordenamento com a promulgação da Constituição norte-americana de 1787, que fundou o Estado federalista ostentando inovações consubstanciadas na instituição de três poderes políticos. Além de incorporado, o Judiciário foi colocado como um órgão que exercia controle quanto ao respeito ao texto constitucional e, para se tornar viável tal controle, foi desprovido de subordinação (DALLARI, 2001).

Não se olvide que a própria Inglaterra, através do Ato de Estabelecimento de 1701, promoveu certas garantias à independência dos juízes ao colocar limites à retirada de um magistrado do cargo, além de impor que seus vencimentos seriam fixos. Esta proteção não só serviu de inspiração para a Constituição norte-americana, mas também influenciou as de diversos países liberais (SAMPAIO, 2011). Tal consagração constitucional da autonomia do juiz, no entanto, foi mais expressiva com o fim da Primeira Guerra Mundial, fato evidenciado pela máxima da garantia institucional positivada na Constituição de Weimar, em seu art. 102, que expressamente atribuía aos juízes independência, submetendo-os exclusivamente à lei (MARQUES, 2011).

Infelizmente, a emergência dos regimes totalitaristas (tanto na Europa, quanto na América Latina) e a chegada da Segunda Grande Guerra derrubaram expressa ou tacitamente as construções da Carta retromencionada. Em outras palavras, muitos dos regimes que se tornaram ditatoriais não revogaram as garantias concedidas à magistratura, mas, na prática, sujeitavam o Judiciário aos seus desmandos e arbitrariedade (RAMIRES, 2012, p. 5448-5449).

O fim do conflito mundial trouxe de volta a democratização e impôs, ainda, os direitos fundamentais, atrelando a independência do juiz a um viés duplo: enquanto esta prerrogativa tornou-se imprescindível para se assegurar que os direitos fundamentais postos nas constituições fossem respeitados (RAMIRES, 2012, p. 5450), a própria independência foi elevada a um direito indisponível, por força do art.

¹⁸ Dallari (2001) esclarece que Montesquieu, a rigor, colocava o Judiciário como um dos ramos do Executivo.

10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (SOUTO MAIOR; FAVA, 2006, p. 70-71).

No que tange especificamente ao Brasil, tem-se que o Judiciário serviu ao governo durante o período imperial, época em que o Poder Moderador se sobrepujava declaradamente sobre os demais. Mesmo com a chegada da república, a submissão dos magistrados era latente, e, na tentativa de se retificar esta problemática, a Constituição de 1891 garantiu a vitaliciedade do cargo do juiz *federal* e a irredutibilidade salarial. Ou seja, os juízes estaduais não haviam sido agraciados com as benesses (COMPARATO, 2004, p. 153).

A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, que entendeu que as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios deviam recair também na esfera dos estados, com a natureza de princípio constitucional, o qual restou sedimentado na reforma de 1926 no texto da Constituição. Todavia, a problemática não parou por aí, visto que a reforma não contemplava os juízes temporários (COMPARATO, 2004, p. 153). Ademais, o Estado Democrático brasileiro foi fortemente abalado durante o período da ditadura, colocando em risco, por óbvio, também a independência do Judiciário naquele período.

De qualquer sorte, o fato é que, seguindo a tendência internacional pós-guerra, a independência do magistrado foi reestabelecida, ao menos em tese, plenamente no sistema pátrio. Assim, além de se fazer presente na Constituição, a liberdade se disseminou para outros instrumentos normativos, como a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35/1979) e o Código de Ética da categoria, aprovado em 2008.

Formalmente se reconheceu que a independência do juiz objetiva assegurar o julgamento justo e imparcial das demandas, mas a construção efetiva do conceito acabou por desenvolver a forte ideia de que as garantias inerentes ao cargo são de ordem pessoal do magistrado e não em função do Poder Judiciário como um todo (SOUTO MAIOR; FAVA, 2006, p. 67-68).

A partir dessa concepção, que restou cristalizada em nosso ordenamento, o Judiciário não estaria sujeito aos outros poderes estatais e tampouco os magistrados em si estariam aos colegas hierarquicamente superiores

(COMPARATO, 2004, p. 151). Dentro deste entendimento, é possível classificar a autonomia em tela mesclando os taxionomas de Soares (2000, p. 63) e Dias (2003, p. 77), de modo que a independência individual ou interna corresponderia a cada magistrado singular, em oposição à independência coletiva ou externa, que diria respeito à magistratura como um todo e à autonomia do Judiciário com relação aos entes estranhos à atividade jurisdicional.

Corriqueiramente, contudo, a independência judicial é dividida em duas categorias: a jurídica e a política (RIBEIRO, 1991). Na primeira acepção, a independência remeteria ao postulado da República de Weimar, do qual já falamos anteriormente. Inclusive, Stammler (*apud* RIBEIRO, 1991) giza que, na hipótese de dúvidas acerca da interpretação mais adequada de um texto legal, o magistrado deveria obedecer apenas a critérios próprios, não havendo como falar em respeito às decisões dos outros tribunais e colegas quando estas fossem manifestamente opostas à convicção do julgador. Já o caráter político da independência se assentaria nas garantias clássicas, por assim dizer, a vitaliciedade, a irredutibilidade salarial e a inamovibilidade (RIBEIRO, 1991), positivadas no art. 95 da CRFB/1988.

Sobre o assunto, Silva, J. A. (2012, p. 590-591) explica que a vitaliciedade se refere à vinculação do titular ao cargo, podendo dele ser afastado somente por vontade própria, por força de sentença judicial, aposentadoria compulsória ou por disponibilidade. A inamovibilidade, por sua vez, diz respeito à permanência do magistrado no cargo, não podendo ser removido para outra localidade, a menos que assim o requeira ou por motivo de interesse público com decisão da maioria absoluta do tribunal a que se encontra vinculado (art. 93, II e VIII, CRFB/1988). Por fim, a irredutibilidade do salário se impõe ainda que se trate de medida geral, ressalvados os limites dos arts. 37, X e XI; 39, § 4º; 150, II; 153, III e § 2º, I, da Constituição Federal.

O constitucionalista também ressalta a relevância das garantias de uma outra ordem para a manutenção da independência do juiz, a que chama de garantias de imparcialidade dos órgãos judiciários, que abrangem as vedações aos magistrados no mesmo art. 95 de que falávamos previamente. Tais vedações consistem, em linhas gerais, na impossibilidade de o juiz exercer qualquer outro cargo concomitante à atividade jurisdicional, exceto pelo magistério, de receber custas processuais ou

auxílios de pessoas físicas e jurídicas, de se envolver com partidos políticos e de praticar a advocacia até três anos após ter se afastado do cargo no juízo/tribunal em que se aposentou ou foi exonerado (SILVA, J. A., 2012, p. 591-592).

Conforme se pode observar, a noção construída e consolidada da independência dos magistrados confere um poder quase ilimitado à categoria, chegando a atribuir como uma das características da liberdade a possibilidade de o juiz decidir sem levar em consideração o posicionamento dos demais tribunais, superiores ou não.

Aqui os defensores da estrutura do *civil law* clássico encontram o maior argumento de que um eventual sistema de precedentes violaria a independência do Judiciário. Contudo, um exame mais apurado, como o que apresentaremos ainda neste capítulo, é capaz de demonstrar os equívocos conceituais que residem na ideia de independência institucional solidificada e que, após terem sido reproduzidos insistentemente, conseguiram formar um convencimento inexato.

Ressalte-se que não se busca negar ou questionar a relevância da independência jurisdicional. Como já foi desenvolvido, esta independência surgiu da necessidade de se garantir um julgamento imparcial e em consonância com os direitos fundamentais, tornando-se um dos pilares do Estado Democrático. O que se visa é aclarar o verdadeiro significado da independência em face das decisões judiciais, objetivo este que demanda uma análise de como os juízes vêm exercendo seu poder, notadamente quando fazem uso de métodos interpretativos.

3.3 O exercício interpretativo e criativo na função jurisdicional

O fato de o *civil law* ter eleito a lei como a principal fonte do direito torna comum a confusão entre o fenômeno cultural e a norma posta, de modo que muitos os tratam como se sinônimos fossem. Esquece-se, porém, que o direito é muito mais amplo, decorrendo de um conjunto indissociável de regras e princípios do qual a lei faz sim parte, mas não é a única responsável pela solução do caso concreto (CAMBI, 2001, p. 110).

Não destoa o posicionamento de Miranda (1998, p. 274-275), que desenvolve o conceito elaborado por Pontes de Miranda de que o princípio que

submete o magistrado à legalidade nem sempre possui grande serventia, pois direito e lei não são o mesmo instituto, colocando, como consequência disto, a não obediência do juiz ao texto frio da lei para que pudesse prolatar uma decisão justa quando o caso concreto assim exigisse.

Mesmo com a perpetuação das teorias clássicas de Chiovenda e de Carnelucci – atuação da vontade da lei e criação da norma individual, respectivamente – como forma de insistência por parte do *civil law* em manter o dogma estrito da legalidade formal, é impossível ignorar a escalada da legalidade substancial, causando uma verdadeira quebra de paradigma no sistema, conforme ensina Ferrajoli (2001, p. 53), e transformando as noções de direito e de jurisdição. Com isso, o direito passou a se pautar pelos preceitos constitucionais e a jurisdição assumiu o dever de aplicar a lei em consonância com a Constituição e não mais isoladamente (MARINONI, 2013, p. 66-67).

É consenso geral que a jurisdição constitui técnica de resolução de conflitos na modalidade de heterocomposição, na qual um terceiro vem a substituir a vontade dos litigantes, determinando a solução do caso *sub judice*. Para o exercício desta função, deve-se estar imbuído de imparcialidade, que corresponde ao desinteresse no conflito e ao tratamento igualitário das partes (DIDIER JR., 2013, p. 106-107).

Contudo, *imparcialidade* não possui o mesmo sentido que *neutralidade*, esta última uma utopia pregada pelo sistema, fundada na ideia de que o juiz, ao conduzir um processo, não possuiria vontade alguma. Justamente porque o magistrado, como qualquer outro ser humano, possui experiências próprias que moldaram o seu juízo de valor, torna-se inviável exigir-lhe uma postura verdadeiramente neutra quando este está diante de uma lei (DIDIER JR., 2013, p. 107).

Sendo assim, ao proceder o exame de um texto legal, o juiz poderá se deparar com termos indeterminados, polissêmicos ou plurissignificativos aos quais terá de atribuir significados com base em fatores externos, que podem ter cunho político, social ou pessoal, para que só então possa verificar se aquela norma se enquadra no caso que está julgando. Desta forma, o pensamento tradicional de que o

direito seria uma ciência perde considerável força, a ponto de se poder afirmar que o direito na verdade é fruto da hermenêutica (CAMBI, 2001, p. 110).

Percebeu-se que a lei, mesmo quando tratada no plano da abstração, não estaria imune à interpretação e tampouco se resumiria a ter um único sentido (THEODORO JR.; NUNES; BAHIA; 2010, p. 32-33). Pioneiro neste pensamento, Kelsen (2003, p. 269-272) entende que da norma extrair-se-ia um determinado número de interpretações possíveis, dentre as quais o magistrado deveria escolher uma para aplicar na hipótese concreta.

Na mesma linha, relevante é a teoria de Gadamer (2002) que, dentro da hermenêutica filosófica, defende a improcedência da tese positivista clássica, mormente porque não há sujeito neutro, fato que se reflete diretamente na aplicação do direito. Como outro fator, o filósofo assevera não haver texto (aqui entendido como abrangidos também os fatos) que seja tão claro a ponto de prescindir interpretação, de modo que qualquer magistrado necessária e ontologicamente a empregaria no momento da pretendida subsunção legal (GADAMER, 1999).

Ainda na esfera da filosofia da hermenêutica, as palavras de Streck (1999) corroboram este posicionamento ao afirmar que o texto legal não é inequívoco, tendo a lei significado heterônomo, que lhe é atribuído por um fator externo: o intérprete. Assim, direito e intérprete não estariam segregados graças à linguagem.

Na prática, não é difícil observar que o juiz interpreta. Isto é bem evidente quando o magistrado se depara com as chamadas *cláusulas abertas* ou *gerais*, fenômeno de origem na década de 1940, consistente na promulgação de leis imbuídas de conceitos vagos ou indeterminados, a fim de possibilitar que o texto legal se amolde ao caso concreto, ante a impossibilidade de o legislador prever todas as situações fáticas possíveis (MARINONI, 2013, p. 152).

Apesar de romperem claramente com o *civil law* tradicional, as cláusulas gerais receberam muita atenção desde seu advento, chegando a serem consideradas hoje como indispensáveis ao direito, tendo em vista sua capacidade de adaptar a lei à realidade fática (MONNERAT, 2012, p. 346). Dentre as várias concepções do que seriam as cláusulas gerais e de como estas operam, talvez a mais adequada seja a de que enquanto a hipótese fática destas cláusulas é constituída por

expressões vagas, os seus efeitos jurídicos são indefinidos (DIDIER JR., 2013, p. 36-37). Pode-se dizer que as cláusulas abertas atuam em sentido contrário à técnica da causuística, visto que nestas últimas normas o legislador fixou muito mais pressupostos para ensejar sua incidência ao caso *sub judice* (MARTINS-COSTA, 1998, p. 7).

Torna-se notório que, ao se permitir que o juiz pondere circunstâncias não previstas em lei a fim de chegar à conclusão mais adequada, o sistema opta veladamente pela centralidade em detrimento da plenitude da codificação, derrubando outro dogma clássico, o da completude dos textos legais, consubstanciados no método da causuística (MARINONI, 2013, p. 150). Como consequência, a subsunção legal, já fragilizada mesmo quando se tenta aplicá-la nas hipóteses de normas causuísticas, fica completamente inoperante face àquelas que apresentam conceitos indeterminados, uma vez que as cláusulas gerais carecem de concretização (DIDIER JR., 2013, p. 37).

Há de se mencionar que inicialmente as cláusulas gerais foram desenvolvidas na esfera do Direito Privado, com expressões como *boa-fé* e *função social da propriedade* (DIDIER JR., 2013, p. 39), não se tardando a perceber que a norma processual, a exemplo da material, não consegue acompanhar em tempo hábil as alterações dos fatos concretos, motivo por que deixa de agir com efetividade quando da aplicação da norma material flexibilizada por conceitos indeterminados. Então, nada mais natural que os termos vagos fossem inseridos também no direito processual, superando o princípio da tipicidade das formas executivas vigente no processo civil durante sua era clássica, cuja função precípua era evitar que meios executivos não previstos em lei fossem utilizados no processado (MARINONI, 2013, p. 154).

No âmbito processual do ordenamento brasileiro, também do mesmo modo que no plano material, as cláusulas gerais foram implantadas sem obedecerem nenhum critério sistemático, espalhadas desordenadamente ao longo Código de Processo Civil, como a cláusula geral executiva (art. 461, §5º) e o poder geral de cautela (art. 798). A maior cláusula aberta processual, porém, é o princípio do devido processo legal, encontrada no art. 5º, LIV, da Constituição Federal (DIDIER JR., 2013, p. 39).

De qualquer sorte, as cláusulas gerais para além do direito material abriram a possibilidade de o magistrado buscar a técnica processual mais apropriada, mediante forte fundamentação, para que exerça a tutela pertinente do direito, preenchendo judicialmente a norma indeterminada (MARINONI, 2013, p. 156).

O processo criativo do juiz também se materializa nas oportunidades em que este é confrontado com o dever de julgar um *hard case*¹⁹, ou seja, um caso completamente novo, não contemplado por norma específica editada pelo legislador e tampouco por texto legal imbuído de cláusulas gerais que já foram preenchidas de modo a amparar a situação apresentada (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 29).

Com efeito, o exercício interpretativo do magistrado não atinge sua inteira plenitude em todo e qualquer âmbito do direito. Para ilustrar este aspecto, partiremos da teoria dos *ambientes decisoriais* de Teresa Arruda Alvim Wambier, idealizada como um método de estruturação de critérios para a evolução do direito dentro de um sistema de precedentes, impedindo seu engessamento, mas que aqui será apresentada sob um outro viés, transportando o raciocínio para o *civil law* dos dias atuais.

O ambiente decisional pode ser definido como "[...] a área de direito material ou substancial, com seus princípios e regras, em que o conflito deve ser desenvolvido." (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 53). Ou seja, cada ambiente tem suas próprias características de acordo com a situação fática sobre a qual recai e, em consequência, com as normas que lhe regem, o que acaba por influenciar diretamente na sua rigidez.

Assim, fala-se em *ambientes decisoriais rígidos*, que seriam aqueles que não proporcionam ao julgador uma faixa de liberdade a fim de que avalie pormenorizadamente as peculiaridades do caso concreto. Nesta esfera se encontra, por exemplo, o direito tributário. De outra frente, estão os *ambientes decisoriais frouxos*,

¹⁹ Apesar de o conceito de *hard case* ter se desenvolvido no *common law*, o instituto adquiriu bastante destaque também no *civil law*. Desta forma, se a questão se coloca para o nosso sistema na forma de qual será a conclusão do caso se não há lei concernente a ele, no *common law* a problemática gira em torno da ausência de precedentes com relação à hipótese fática (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 29).

nos quais existe essa margem de liberdade ao magistrado e que têm como exemplo o direito de família (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 54-55)²⁰.

O fenômeno se desenvolve em uma cadeia de resultados, visto que a hipótese fática, para ser atendida plenamente, precisa de maior ou menor flexibilidade do direito, motivo por que lhe atribuem princípios orientadores próprios, que, por seu turno, influenciam na edição das normas que regerão aquele ambiente, inserindo nelas ou não cláusulas gerais, logo, permitindo em maior ou menor grau a discricionariedade do julgador (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 55).

Desta forma, pode-se afirmar com segurança que existem esferas do direito que se mostram mais propícias à atividade criativa do magistrado do que outras, devido ao que o próprio direito material requer para uma aplicação justa. Todavia, dentro das incongruências presentes no modelo *civil law* contemporâneo, mesmo nos ambientes decisoriais ditos rígidos é possível constatar decisões com sentidos distintos devido a interpretações diversas.

Mais do que empregar a interpretação no momento de proferir uma decisão, a partir do que já foi explanado, e por ser, nas palavras de Arruda Alvim Wambier (2012, p. 60), mais honesto intelectualmente, deve-se admitir que, pelo menos nos casos apresentados, em que não há realmente uma *norma geral*, o juiz cria o direito²¹.

Marinoni (2013, p. 89) atribui essa criatividade como efeito do impacto causado pelo avanço do neoconstitucionalismo no sistema e, apesar de demonstrar-se mais cauteloso, reconhece que o magistrado passou a produzir uma norma jurídica, explicando:

Se nas teorias clássicas o juiz apenas *declarava a lei* ou criava a *norma individual a partir da norma geral*, agora ele constrói a *norma jurídica* a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto (2013, p. 89, grifos originais).

²⁰ Segundo Arruda Alvim Wambier (2012, p. 17), nos ambientes decisoriais frouxos estaria a abertura para o Judiciário, por meio da jurisprudência, promover a evolução do direito, desde que respeitados os limites do princípio da isonomia, ao passo que o sistema de precedentes atuaria com muito mais eficiência nos ambientes decisoriais rígidos.

²¹ A discussão que gira em torno da criação do direito por parte do julgador vem de longa data. Sobre o tema, Marinoni (2013, p. 89-91) destacou o embate conceitual travado por Kelsen e Bulygin.

Sendo assim, o processualista afirma que, quando o magistrado utiliza uma cláusula geral para solucionar o caso sob sua competência, esta corresponderia a uma norma legislativa incompleta, ao passo que o decisório seria a verdadeira norma jurídica, pelo menos para aquele caso concreto, em princípio (MARINONI, 2013, p. 152).

De toda sorte, é de extrema necessidade esclarecer que não se condena o fato de o magistrado interpretar e/ou criar o direito, afinal, como buscamos elucidar ao longo desse trabalho, a criatividade está intrínseca à aplicação da lei, uma vez que não existe a neutralidade idealizada pelo pensamento clássico (SILVA, G. A. C., 2011, p. 56-57).

O que se critica é que as interpretações e criações, da forma como vêm se materializando no *civil law*, refletem a posição pessoal do julgador, muitas vezes em dissonância com o texto constitucional e os direitos fundamentais, ao contrário do que deveria ocorrer, de modo a resultar soluções distintas para casos semelhantes.

Isto é, apesar de a jurisdição ter assumido uma postura de criação de normas jurídicas, é inadmissível que um sistema jurídico produza múltiplas delas para casos análogos (MARINONI, 2013, p. 152).

Os efeitos da pluralidade de conclusões para casos semelhantes são nefastos e, repise-se, violam preceitos basilares do Estado de Direito, colocando o jurisdicionado e a comunidade jurídica à mercê da vontade do juiz responsável pela sua causa, independentemente de ter ou não razão.

Diante dessa mácula que atinge o Judiciário, desenvolveu-se o conceito de jurisprudência lotérica, que pode assim ser traduzido:

A ideia da jurisprudência lotérica se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado (CAMBI, 2001, p. 111).

Defende-se, pois, que o *civil law* precisa, a fim de restaurar sua coerência, admitir que sim, o Judiciário cria o direito²². Mas não só isso. Para garantir que o cidadão restaure sua confiança na jurisdição e obtenha a resposta esperada na sua demanda, é imprescindível que o sistema também reconheça que esta criação não pode permanecer ocorrendo de maneira desenfreada, sendo imprescindível a imposição de limites a ela.

Aliás, foi isto que fez o *common law*. Como vimos, muito embora a doutrina do direito anglo-saxão tenha debatido bastante a questão, atualmente a corrente predominante é aquela que assume a criação jurisdicional e, não obstante, adota o *stare decisis*, que funciona como um obstáculo ao arbítrio exacerbado do juiz ao eleger como máxima o princípio *treat like cases alike*.

Portanto, retorna-se à proposta de que a efetiva e consciente adoção de um sistema de precedentes no *civil law* poderia ser a solução para a irracionalidade que abala as estruturas do modelo jurídico. Para confirmar esta hipótese, porém, devemos enfrentar um último obstáculo, que é justamente a ideia de que decisões vinculantes afrontam a independência jurisdicional aventada pelos críticos da atividade criativa do juiz, ponto central desta pesquisa e que passaremos a analisar a partir de agora.

3.4 Limitações ao ofício da jurisdição

Buscamos deixar claro no início deste capítulo que a independência jurisdicional é inquestionavelmente um instituto indispensável para a manutenção de um Estado de Direito. Muitos desconhecem, porém, seu real sentido, vítima de forte deturpação, a ponto de as garantias da magistratura assumirem uma roupagem de privilégios pessoais aos julgadores.

Mais do que confundir o cidadão leigo, a ideia desfigurada foi prontamente absorvida pelo espírito dos julgadores, inclusive os brasileiros, que, em parte, convenceram-se de que sua condição de magistrado restaria diminuída caso tivessem de decidir em desacordo com seus próprios valores, mesmo que isto significasse o respeito de uma tese pacificada por tribunais superiores (ARRUDA

²² Muito se fala em ativismo judicial. Todavia, optamos por não adentrar diretamente na celeuma, uma vez que perfilhamos o pensamento de Roach (2008, p. 72) de que a expressão aventa mais questionamentos do que apresenta respostas.

ALVIM WAMBIER, 2012, p. 38). Isto é, o poder de conferir individualmente significados ao texto legal é tido pela grande parte dos magistrados como imprescindível, sob pena de afronta a sua independência (MARINONI, 2013, p. 202).

As consequências advindas deste pensamento são nocivas. Afinal, o juiz – que comprovamos exercer atividade interpretativa e criativa –, acreditando estar diante de si um poder de decisão praticamente ilimitado, decide conforme sua ideologia, independente de qual postura os seus colegas vêm adotando, não demonstrando se importar se os cidadãos receberão de forma diferenciada a tutela jurisdicional e muito menos se está colocando em risco a coerência do sistema.

Desta maneira, é altamente disseminada a tese de que os togados realmente não se encontram submetidos à obrigatoriedade de aplicação de nenhum entendimento, de modo que a vinculação de sua atividade às decisões pretéritas constituiriam um verdadeiro atentado ao seu livre convencimento e sua liberdade (MARINONI, 2013, p. 62).

No entanto, Ramires (2012, p. 5439) explica, por meio de analogias, que o temor de que o Poder Judiciário ficaria à mercê de um absolutismo extrajudicial – termo utilizado pelo autor como metáfora à tríplice política-economia-sociedade –, não é apto para justificar o que chama de *feudalismo jurisdicional*, cuja organização se daria de modo a cada magistrado ser o único senhor de um "feudo", estando livre da obrigatoriedade de concessão de maiores explicações sobre suas atividades, ainda quando estas constituam abusos de poder, arbitrariedades e até ilegalidades.

Reconhecida a necessidade de o julgador ser livre, inclusive dentro de um espaço interpretativo/criativo, tem-se que esta liberdade não possui caráter absoluto, pois, do contrário, imputa o risco de fomentação do fenômeno da jurisprudência lotérica (CAMBI, 2001, p. 111). Em outras palavras, a independência do raciocínio do magistrado merece respeito, porém, isto não quer dizer que seja plena (SANTOS, 2012, p. 191).

No mesmo sentido, a "soberania dos tribunais" não significa uma plenitude originária de poder, pois isto seria o mesmo que dizer que o soberano seria o Estado ou mesmo o poder constituinte originário. Há de se ter em mente que os

órgãos do Estado e seus poderes sempre terão o poder limitado (RAMIRES, 2012, p. 5475).

Desnecessário lembrar que não há em nenhum ordenamento jurídico direitos verdadeiramente absolutos. Mesmo a vida e a liberdade, direitos fundamentais máximos de um Estado de Direito, sofrem restrições aceitas pela sociedade como um todo, a exemplo das hipóteses do crime de homicídio por legítima defesa e da pena de reclusão (SANTOS, 2012, p. 190). Portanto, como poderia a independência do julgador ser ilimitada?

Com efeito, pode-se aventar que o exercício da interpretação e da criação do direito por parte dos magistrados sempre fora limitado pela lei. Todavia, conforme sustentamos com mais ênfase no último ponto, esta subordinação ao texto legal tem se mostrado insuficiente perante o abuso de poder perpetrado de maneira reiterada pelos magistrados e plenamente justificado pelo sistema como a mera utilização do "livre convencimento", com fulcro no art. 131 do CPC. Uma reforma no *civil law*, pois, torna-se inadiável e o sistema de precedentes se revela como medida ideal.

Nunca é demais repetir que os maiores prejudicados com esta postura, sem dúvida, são o jurisdicionado e a comunidade jurídica. Repise-se ser absolutamente incoerente que partes e advogados sejam surpreendidos com regularidade por decisões dissonantes umas das outras, imputando maiores ônus a um cidadão ao passo que o outro tem seu direito reconhecido de plano (CAMBI, 2001, p. 111).

Sentindo-se injustiçada diante do conhecimento de que outros com situações parecidas receberam soluções que convinham a seus interesses, a parte vencida no processo desenvolve a lógica de um apostador, muitas vezes sob orientação de seu procurador legal, preferindo, a despeito da morosidade do Judiciário e dos custos, interpor um recurso, que poderá ser provido em virtude de diferente interpretação empregada pelos componentes do colegiado. Assim, o Judiciário apresenta-se como uma casa lotérica, em que o litigante aposta para obter a tutela pretendida, sem ter certeza se receberá a decisão que lhe é devida (MARINONI, 2013, p. 179).

Contudo, pede-se vênua aqui para interromper brevemente a explanação pura acerca da independência jurisdicional a fim de demonstrar que, além de a comunidade ser vitimada pela irracionalidade do sistema, a própria magistratura também o é e, por conseguinte, seria igualmente beneficiada pela efetiva incorporação de decisões vinculantes no *civil law*.

3.4.1 O sistema de precedentes fortalece a magistratura

Ao juiz do *civil law* tem sido atribuída a figura de um dos grandes algozes do sistema, em razão do seu uso excessivo de arbitrariedade para proferir decisões de acordo com os valores pessoais. Ao que nos parece, porém, os contornos do julgador são muito mais complexos, assumindo um dualismo que nos atrai para a ousadia de incluí-lo como um dos prejudicados pelas incongruências do sistema.

A dificuldade mais óbvia enfrentada pelo juiz de primeiro grau é não encontrar nas instâncias superiores decisões em que se espelhar, tendo em vista a existência de decisões que apontam para diferentes sentidos, os quais costumam variar de acordo com a composição da câmara ou turma.

Mais grave é que a lógica estabelecida atualmente pelo sistema estruturado em tribunais cujas decisões carecem de estabilidade acaba por desrespeitar o próprio juiz de primeira instância ao instigar (in)diretamente, como já explanado, a interposição de recursos e a litigância. Ou seja, a sentença proferida em primeira instância perde consideravelmente seu valor, vista como um obstáculo antes de passar pelo crivo de um órgão colegiado – o que ocorre justamente pela busca da parte por uma eventual decisão que lhe favoreça ante a dissonância de entendimento –, para gerar efeitos somente após confirmada (MARINONI, 2013, p. 63).

Santos (2012, p. 159-160) leciona que as decisões proferidas em primeiro grau, ainda que reiteradas, não formam jurisprudência no nosso sistema atual. Assim, é como se o magistrado da primeira instância tivesse autoridade para decidir, mas suas decisões não tivessem valor para eventual persuasão de outros julgadores. Isto poderia se dar pelo fato de se tratar de profissional com menos tempo de carreira ou mesmo porque tais decisões estão sujeitas a um amplo grau de revisão por órgão colegiado.

Admite-se que houve mudanças legislativas nos últimos tempos ampliando os poderes do magistrado de primeiro grau, tendência inclusive presente no novo Código de Processo Civil. Os efeitos práticos destas reformas pontuais, porém, aparentam demasiado reduzidos no que concerne à valorização do esforço e dos entendimentos do juiz de primeira instância (SANTOS, 2012, p. 159-160).

A adoção de um sistema de precedentes poderia reverter este quadro, primeiramente porque, havendo a vinculação de um entendimento uno, o cidadão dificilmente interporia recursos na tentativa de reformar uma decisão que já está de acordo com a posição dos tribunais superiores, de modo que a sentença ganharia maior relevância do que lhe é concedida hoje, em que atua praticamente como um relatório para os futuros acórdãos.

Ademais, os precedentes iniciam sua formação ainda em primeiro grau, uma vez que o posicionamento que posteriormente se tornará vinculante provavelmente já havia sido professado por um julgador de primeira instância. É certo que a decisão de primeiro grau não será imbuída da mesma força que uma prolatada pelas cortes superiores pacificando a questão, mas, a partir do momento em que passa a ser divulgada e irradiada horizontalmente, consegue vincular, pelo menos no âmbito moral, o juízo que a proferiu, além de influenciar aqueles do mesmo nível na hierarquia (SANTOS, 2012, p. 157-159).

Por fim, cabe salientar que o juiz dentro do sistema de precedentes pode decidir diferente dos tribunais superiores quando o magistrado verificar, no caso concreto, peculiaridades que façam com que a incidência da decisão-paradigma implique uma injustiça, o que impede o engessamento do Direito.

A subvalorização dos juízes de primeiro grau, portanto, merece ser combatida inclusive por eles próprios, que devem tomar consciência de seu verdadeiro papel perante o sistema judiciário e de que sua independência não é, ao contrário do que acreditam, ilimitada, passando a respeitar as suas próprias decisões e evitando que suas convicções provoquem mudanças de posicionamento bruscas, prejudicando toda a comunidade.

Destarte, propomo-nos a desmistificar a independência do julgador, desencobrendo sua verdadeira acepção e confrontando-a com os argumentos de que sofreria violações na hipótese de respeito aos precedentes.

3.4.2 O verdadeiro significado da independência do magistrado

Escondido sob o uso fácil do jargão "independência jurisdicional" está a real definição da autonomia do julgador, a qual, antes de tudo, é garante do Estado Democrático de Direito, que, por sua vez, atribuiu à magistratura a competência do resguardo dos direitos fundamentais nos litígios, inclusive no que diz respeito ao modo como o processo será conduzido, livre da usurpação (SOUTO MAIOR; FAVA, 2006, p. 68), de maneira que as imunidades concedidas aos juízes se legitimam apenas quando entendidas como garantias públicas (RAMIRES, 2012, p. 5443).

Assim, a independência funcional pode ser apresentada em um duplo viés, sendo o primeiro deles a noção da independência como instrumento de afirmação do Judiciário perante os outros poderes. Ou seja, o juiz deve decidir apenas com base nos fatores que são juridicamente cabíveis com o fim de prolatar uma decisão justa, livre da influência de elementos escusos e estranhos à causa (MENDES, 1979, p. 654-655). Já o segundo sentido extraído do conceito de independência do juiz decorre diretamente do primeiro, consistindo na correspondência da expectativa do jurisdicionado de obter uma decisão imparcial emanada por um Poder Judiciário isento (RAMIRES, 2012, p. 5443).

Aliás, deve-se atentar para o fato de que a independência do magistrado não é sinônima de discricionariedade no julgamento. Explica-se: a ideia da independência está ligada às decisões como expressão do direito, "[...] algo superior e externo ao seu intérprete [...]", cuja interferência pessoal resta prejudicada; já a discricionariedade remonta à liberdade de emprego da subjetividade do magistrado no momento do julgamento (RAMIRES, 2012, p. 5444).

Logo vê-se, portanto, que a independência do magistrado de maneira alguma poderia ter sido confundida com prerrogativas e regalias ao julgador, tratada como se fosse um direito subjetivo inerente ao cargo e não como o dever ético-social que realmente pertence à função. Por este motivo, a independência teria de aparecer para o juiz como uma *condição inalienável* do seu ofício, mas jamais como um direito

a sua disposição. Afinal, é exclusivamente do interesse da comunidade que sobrevenham decisões imunes aos interesses alheios, não havendo que falar nas convicções individuais dos togados (RAMIRES, 2012, p. 5444).

Não é à toa que o dever do Judiciário é prestar devidamente a tutela jurisdicional, respeitando a isonomia e demais preceitos do Estado Direito, fazendo-o por meio de um sistema, no qual aos juízes foram concedidas as correspondentes competências. Sendo assim, o sistema deve funcionar como uma unidade e de forma coesa, sendo terminantemente vedado que atribua significados plúrimos à mesma norma ou vir a decidir de forma díspar casos idênticos (MARINONI, 2013, p. 203).

Defender que a autonomia do magistrado o legitima a solucionar os casos de acordo com seu juízo de valor em detrimento do respeito à igualdade é concordar que o Judiciário se permita oferecer ao povo respostas diferentes, fomentando um choque entre as garantias inerentes ao exercício da magistratura e o dever do Judiciário de decidir uniformemente, enquanto instituição (CAMARGO, 2012, p. 582).

Desta forma, apesar da obviedade da questão, é importante deixar claro que tanto os juízes quanto os órgãos judiciários são verdadeiras peças do sistema, o qual depende, para seu adequado funcionamento, que seus membros se comportem de maneira a viabilizar a prestação jurisdicional isonômica do Judiciário (MARINONI, 2013, p. 204).

A prática costumeira de se fechar os olhos para esta realidade fica evidente quando se percebe que hoje existe uma personalização das decisões, visto que os julgados estão sendo atribuídos a determinado julgador, do mesmo modo que vem se fazendo referências ao entendimento daquela vara, câmara ou turma. Todavia, como é consabido, a jurisdição é una, e exige que as decisões devam ser relacionadas ao Poder Judiciário como um todo, não a um juiz prolator.

Portanto, inconcebível é imaginar que o magistrado não só pode, como tem *direito* a decidir sem prestar respeito às suas decisões e àquelas prolatadas pelos tribunais superiores. Frise-se que juiz e tribunal não decidem para si próprios, mas para os cidadãos, não devendo haver importância para o sistema qual a posição pessoal do julgador. Afinal, o sistema não foi criado para servir ao juiz, mas ao

jurisdicionado, este sim com direito subjetivo de receber uma decisão justa e imparcial (MARINONI, 2013, p. 63).

Arruda Alvim Wambier (2009, p. 174) esclarece a questão de forma bastante simples, afirmando que a "[...] liberdade é do Judiciário e não do juiz. Fixada a regra, não pode ser desrespeitada, devendo ser aplicada a todos os casos iguais sob pena de se afrontar de maneira intolerável o princípio da isonomia."

Causa repugnância ao senso comum a ausência de tratamento isonômico por parte do Judiciário, mas o mesmo sentimento estranhamente incorre de forma menos intensa nos operadores do direito, que muitas vezes veem com naturalidade tal fenômeno, justamente por aderirem à ideia de que o julgador apenas está atuando dentro de sua liberdade (SANTOS, 2010, p. 40).

Como restou patente ao longo deste trabalho, é fundamental para a coerência da ordem jurídica que os juízes atuem respeitando as decisões pretéritas, a fim de se manter não só a unidade do Judiciário, mas também fortalecer a credibilidade nele depositada pelos cidadãos, evitando que as partes fiquem sujeitas a uma loteria, em que podem perder ou ganhar a depender dos valores do magistrado que está decidindo sua causa.

Nesta dimensão, o que se contata é que o argumento de que um sistema de precedentes feriria a independência jurisdicional não procede simplesmente porque se está diante de um gigantesco equívoco conceitual.

Com efeito, se o verdadeiro sentido da autonomia conferida à magistratura fosse aquele que, inobstante completamente deturpado, acabou se cristalizando na cultura jurídica do *civil law*, qual seja, o de que o juiz não exerceria sua função em sua plenitude se tivesse de julgar contrariamente às suas convicções individuais, então de fato haveria uma violação.

Contudo, quando colocada a verdadeira acepção da independência funcional face à vinculação de decisões, o que se percebe é que não apenas não se vislumbra a quebra de uma garantia, como também não pode ser identificado sequer um conflito entre estes institutos.

Isto porque a independência do julgador, repise-se, não é e nem nunca foi um direito absoluto, implicando a necessidade de convivência com uma certa *accountability*, um dever de "prestar contas" (RAMIRES, 2012, p. 5439). Por isso, Ramires (2012, p. 5473) afirma seguramente que:

A independência do juiz **não** é violada quando se o responsabiliza disciplinarmente por desacatar decisão de Órgão superior, ou por tomar decisões movido por motivos pessoais injustificáveis, da mesma maneira como não se corrompe o princípio da independência ao punir o magistrado que toma uma decisão judicial por razões desonestas. **E a razão para isso não é a de que tais casos sejam exceção ao princípio da independência, mas simplesmente a de que o juiz não tem independência para desobedecer ordens judiciais válidas ou para usar seu poder decisório para atingir objetivos particulares alheios ao direito.** Assim como não se fala em independência para ser ímprobo, não se cogita de independência para sobrepor à ordem Constitucional uma agenda pessoal espúria, até porque a particularização das razões das decisões judiciais não deixa de ser uma espécie de improbidade (grifo nosso).

Ora, o magistrado é independente para julgar, para aplicar o direito, mas não pode esquecer que também está submetido a um poder estatal, devendo a ele coerência e respeito (MARINONI, 2013, p. 63). Portanto, quando o sistema pede um tratamento isonômico, os julgadores, como membros deste sistema, apenas estarão cumprindo sua responsabilidade perante os cidadãos ao aplicarem as decisões paradigmas nos casos sob sua competência, como bem ensina Camargo (2012, p. 581):

[...] o respeito aos precedentes não fere a *autonomia funcional do juiz*. Antes de tudo, é preciso resgatar a razão da existência da garantia da independência funcional do magistrado. Com efeito, ela existe para assegurar que o juiz decida livre de pressões políticas e de medo, por exemplo de ter seu subsídio reduzido, de ser transferido para a inatividade ou ser removido para comarcas longínquas. Existe para que o julgador seja instrumento de realização do justo, sem receio de contrariar quem quer que seja. Existe, enfim, para que o juiz possa decidir a favor de quem realmente tem direito. Logo, é garantia assegurada *ao juiz em benefício do jurisdicionado* e não do próprio magistrado em si (grifos originais).

Convicto de que a independência e a liberdade do magistrado para interpretar o texto legal permanecem "amplíssimas", Santos (2012, p. 192) ressalta:

[...] uma vez formado o precedente, já não se pode admitir mais como *legítimo*, em nome de uma insólita liberdade *individual* de consciência (que, às vezes, *data venia*, parece ter mais relação com vaidades pessoais do que com o interesse da coletividade), que *um juiz* (ou um pequeno grupo de juízes) se oponha ao entendimento legitimamente consolidado pelo próprio Judiciário! (grifos originais).

O autor chama a atenção para o fato de que a formação do precedente não decorre da imposição de um soberano, mas de um processo de amadurecimento no qual os julgadores são apenas um dos participantes, envolvendo também advogados e a própria sociedade. Assim, a consolidação da decisão-paradigma não configuraria um arbítrio de um tribunal superior a que deve obediência os julgadores das demais instâncias (SANTOS, 2012, p. 192).

Nem mesmo quando se fala em hierarquia está sendo violada a autonomia funcional do juiz. Exigir que o julgador respeite a decisão-paradigma, que recebeu este *status* graças aos tribunais superiores, não coloca o magistrado como um subalterno do tribunal (MARINONI, 2013, p. 205).

Aqui reside outro problema conceitual, já que se costuma entender a independência como possibilidade de desrespeito das decisões, qualquer que seja o órgão prolator. O sentido que a hierarquia assume aqui não objetiva a negação da autonomia jurisdicional, mas tão somente que, devido à estruturação do Judiciário, a hierarquia pressupõe a necessidade de observância dos julgados dos tribunais superiores (MARINONI, 2013, p. 167).

Destarte, conscientizar os julgadores da posição que ocupam dentro do Judiciário, de modo que assimilem que suas decisões possuem efeitos para além das partes, orientando toda a comunidade, é de extrema importância, mas, para que essa consciência possa atingir todo o seu potencial, deverá vir acompanhada deste respeito à hierarquia (SANTOS, 2012, p. 160-161).

Diante de todos estes elementos e asserções, não restam dúvidas de que as alegações de que a adoção de um sistema de precedentes pelo *civil law* – tão necessária para que o sistema recupere sua racionalidade, coerência e credibilidade, podendo enfim dar a resposta que o jurisdicionado dele espera –, ofenderia a autonomia da magistratura não merecem guarida.

A violação deixa de ser constatada justamente porque, como já dito anteriormente, o preceito da autonomia jurisdicional jamais pretendeu permitir a dissonância de decisões. Muito pelo contrário, a independência já foi concebida como uma garantia não absoluta, que deveria ser exercida sempre em favor do cidadão, sem permitir a influência do juízo de valor dos togados.

Portanto, sequer existe de fato um conflito entre a independência e a vinculação de decisões, uma vez que, ao se esclarecer o significado da autonomia do juiz, percebe-se que são eliminados os possíveis pontos de incompatibilidade, ousando-se dizer que este embate, na verdade, é uma falácia incorporada na cultura jurídica com base na imagem desvirtuada atribuída à independência jurisdicional, incapaz de se sustentar a partir do momento em que o real sentido da autonomia do juiz é trazido à tona.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema *civil law* baseia-se em dogmas próprios da Revolução Francesa, os quais, de maneira utópica, consubstanciam-se na ausência de respeito às decisões pretéritas, uma vez que consideram a letra da lei suficiente para que estejam garantidos a segurança jurídica e o senso de justiça. Neste ínterim, instituiu-se a figura do magistrado como *bouche de la loi*, que faria uma subsunção completamente imparcial do dispositivo legal ao caso concreto.

No entanto, o juiz idealizado provou-se um fracasso ante a completa descaracterização sofrida pelo sistema com o passar do tempo, fundada na verdadeira incongruência estabelecida na ordem jurídica. Assim, hodiernamente, o magistrado assumiu papel inconcebível aos princípios clássicos do *civil law*, uma vez que acaba por proferir decisões fazendo tanto uso da criatividade quanto o seu colega do *common law* e, por corolário, concede a casos iguais soluções diferentes.

A lógica estabelecida atualmente pelo sistema estruturado em tribunais sem a formação de jurisprudência estável acaba por desrespeitar o próprio juiz de primeiro grau ao instigar, (in)diretamente, a interposição de recursos e a litigância. Ademais, enseja, dentre outras consequências negativas ao jurisdicionado, insegurança jurídica, desigualdade e desconfiança na prestação jurisdicional.

O sistema de precedentes desenvolvido no direito anglo-saxão, que, em linhas gerais, impõe a obrigatoriedade de aplicação das decisões-paradigma, prevendo ainda técnicas de superação e flexibilização com a finalidade de impedir o engessamento do direito, apresenta-se como uma alternativa para o retorno do modelo codicista à racionalidade.

Com efeito, é possível afirmar que a doutrina e até mesmo o legislador brasileiros, notando a fragilidade que assola o sistema, vêm introduzindo paulatinamente conceitos derivados do *stare decisis* no ordenamento pátrio, a exemplo da instauração das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Todavia, os efeitos práticos dessa incorporação são objeto de grandes dissonâncias entre os juristas e pouco têm contribuído para a uniformização das decisões, especialmente porque não estão acompanhados de uma real mudança na cultura da comunidade jurídica, criando uma confusa “*common law* à brasileira”.

Instituir a cultura do respeito às decisões pretéritas no ordenamento nacional a partir de uma mudança de postura por parte dos tribunais superiores ao permitirem a pacificação de matérias, respeitando-as inclusive internamente, corrigindo as inconsistências do sistema e garantindo a vinculação das decisões-paradigma, ainda que em primeiro grau, surge, pois, como uma necessidade mais imediata e uma abertura para o estabelecimento de um verdadeiro sistema de precedentes.

Em oposição a esta ideia, costuma-se argumentar, dentre outras coisas, que o respeito às decisões-paradigma violaria a independência do magistrado. A insurgência tem como base a noção que se cristalizou ao longo dos anos, qual seja, a de que a garantia em tela é de ordem pessoal do julgador, que teria liberdade quase ilimitada na formação de seu convencimento da causa.

Contudo, uma análise mais profunda das origens e dos objetivos da autonomia do juiz mostrou que esta, como pilar do Estado de Direito, serve à comunidade jurídica, não se estendendo à possibilidade de proferir decisões deliberadamente contrárias aos tribunais superiores, pois ao magistrado, como parte integrante do Poder Judiciário, subsiste preponderantemente o dever de prestar, de forma racional e isonômica, solução para os casos concretos.

Desta forma, percebe-se que se está, em verdade, diante de uma gigantesca confusão conceitual, já que os argumentos de que a vinculação de decisões infringiria a independência jurisdicional partem de uma compreensão um tanto equivocada da garantia. Em outras palavras, o real significado da autonomia do julgador jamais permitiria que este fizesse uso de seus valores pessoais para desrespeitar uma questão pacificada, encontrando limites no seu dever para com a coerência do Judiciário.

Assim, justamente porque o respeito às decisões-paradigma não fere a acepção verdadeira da independência do magistrado, pelo contrário, vai ao seu encontro, deixando de subsistir quaisquer pontos de possível controvérsia, tem-se que, sob uma óptica pormenorizada, sequer existe um conflito entre a garantia em apreço e a aplicação de precedentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGÜELES, Juan Ramón de Páramo; ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. **Los derechos en la revolución inglesa**. In: Eusebio Fernández; Gregorio Peces-Barba (Org.). *História de los derechos fundamentales – Transito a la modernidad: siglos XVI y XVII*. Madrid: Dykinson, 2003, t. I.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. *RePro*, vol. 172, p. 121 et seq, São Paulo, jun.- jul., 2009.

_____. **Precedentes e evolução do direito**. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, v. 1, p. 11-95.

ASCENSÃO, J. Oliveira. **Fontes do direito no sistema da common law**. *RDP*, n. 35-36, p. 05-24, jul./dez. 1975.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro**. 274 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2011. Disponível em: http://www.unicap.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=566. Acesso em: 12 de setembro de 2014.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos Princípios**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BANLOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. **Precedent in the United Kingdom**. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997.

BLACKSTONE, Sir. William. **Commentaries on the Laws of England**. Oxford, Clarendon Press, 4 vol., 1ª ed., 1765-1769. Disponível em: http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp. Acesso em: 08 de agosto de 2014.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Tradução de Mário Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 de setembro de 2014.

_____. **Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em: 02 de outubro de 2014.

_____. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm. Acesso em: 29 de setembro de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 814.157, Primeira Turma. Relator Ministro Francisco Falcão. Brasília, DF, 04 de abril de 2006, **Diário da Justiça Eletrônico**, p. 272, Brasília, 02 de maio de 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 830.189, Primeira Turma. Relatora Ministra Denise Arruda. Brasília, DF, 21 de novembro de 2006, **Diário da Justiça Eletrônico**, p. 275, Brasília, 07 de dezembro de 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 710.385, Primeira Turma. Relator de Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 28 de novembro de 2006, **Diário da Justiça Eletrônico**, p. 255, Brasília, 14 de dezembro de 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 883.114, Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 28 de novembro de 2006, **Diário da Justiça Eletrônico**, p. 326, Brasília, 14 de dezembro de 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. **Técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada.** *RePro*, vol. 221/2013, São Paulo: Ed. RT, jul. 2013, p. 13-48.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro.** In: Teresa Arruda Alvim Wambier. (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, v. 1, p. 553-674.

CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência Lotérica.** *Revista dos Tribunais*, vol. 786, abr. 2001, p. 108 et seq..

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. **Precedentes: Desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 1ª ed..

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder Judiciário no regime democrático.** *Estudos Avançados* 18 (51), 2004, p. 151-159.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Código de Ética da Magistratura Nacional.** *Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 set. 2008, p. 1-2. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura>. Acesso em 02 de outubro de 2014.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados** (Coord. Ruy Rosado de Aguiar Júnior). Brasília, DF, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 19. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii->

iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf. Acesso em: 07 de dezembro de 2014.

CRACKNELL, D. G.. *English Legal System Textbook*. London: HTL Publications, 16^a ed., 1994.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**. In: Teresa Arruda Alvim Wambier. (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, v. 1, p. 97-132.

_____. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. **O regime processual das causas repetitivas**. *RePro*, n. 179/144, São Paulo, jan. 2010, p. 291-316.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Independência da magistratura e direitos humanos**. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, Aracaju, n. 1, 2001, p. 25-40.

_____. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. de Carvalho. 4^a ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, Nélia Daniel. **A Responsabilidade Civil do Juiz**. Lisboa: Dislivro, 2003.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, vol. 1, 15^a ed, 2013.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, vol. 2, 8^a ed, 2013.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Havard University Press, 1978 (esp. *The model of rules e Hard cases*); e *Law's empire*. Cambridge, Havard University Press, 1978.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales*. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAZ JR. , Tércio Sampaio. **Irretroatividade e jurisprudência judicial**. In: NERY JR., Nelson. CARRAZA, Roque Antonio. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método - II**. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Verdade e método: traços fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GONÇALVES, Diego da Silva. **O sistema de precedentes como garantidor da segurança jurídica, da previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais.** Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, 01 set. 2012. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/doutrina/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1006-o-sistema-de-precedentes-como-garantidor-da-seguranca-juridica-da-previsibilidade-e-estabilidade-das-decisoes-judiciais>. Acesso em: 06 de setembro de 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo, Martins Fontes, 2003.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **A vinculação da interpretação judicial: aspectos constitucionais.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 43, abr/jun. 2003, p. 209-278.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente judicial como fonte de direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC.** in: Revista Temais Atuais de Processo Civil, vol. 1, n. 6, dez. 2011. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>. Acesso em: 01 de setembro de 2014.

MACHADO, Denise Maria Weiss de Paula; LEAL JÚNIOR, João Carlos. **Análise crítica do duplo grau de jurisdição sob o prisma do direito à razoável duração do processo.** *RePro*, vol. 35, n. 183, p. 77-118, São Paulo, mai. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, José Frederico. **Do Poder Judiciário nas Constituições europeias de após-guerra.** Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 4, mai. 2011, p. 817 et seq.

MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um 'sistema em construção'. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro.** Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado, n. 139, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** São Paulo: Malheiros, 3ª ed, 19ª tiragem, 2010.

MENDES, João de Castro. **Nótula sobre o artigo 208 da Constituição – Independência dos Juízes.** In: MIRANDA, Jorge (org.). Estudos sobre a Constituição, vol. 3. Lisboa; Petrony, 1979.

MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica.** Tradução de Carlos Sierra. 2ª ed., México: FCE, 1989.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro . **A força das decisões judiciais.** *RePro*, vol. 216/2013, p. 13 et seq, São Paulo fev. 2013.

_____. **O binômio repercussão geral e súmula vinculante: necessidade da aplicação conjunta dos dois institutos.** In: Teresa Arruda Alvim Wambier. (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, v. 1, p. 675-750.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro; ANDERLE, René José. **O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito?** *RePro*, vol. 232/2014, p. 307-324, São Paulo, jun. 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado da ação rescisória**. Campinas: Bookseller, 1998.

MONNERAT, Fabio Victor da Fonte. **A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento.** In: Teresa Arruda Alvim Wambier. (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, v. 1, p. 341-490.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: a forma de governo, a federação, a divisão de poderes.** Introdução, tradução e notas: Pedro Vieira Mota. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

NUNES, Dierle. **Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização – Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática.** In: Teresa Arruda Alvim Wambier. (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, v. 1, p. 245-276.

ONU. **Declaração dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 02 de outubro de 2014.

PLUCKNETT, Theodore F. T. **A concise history of the Common Law**. London: Butterworth & Co. (Publishers), 5ª ed., 1956.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Estudos de direito político**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

RAMIRES, Maurício. **Aspectos da relação entre a independência judicial e a responsabilidade disciplinar dos juízes por suas decisões – os casos portugueses e brasileiro.** RIDB, Ano 1, 2012, p. 5437-5481.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. **Controle da atividade Judiciária.** *Revista dos Tribunais*, vol. 666, abr. 1991, p. 18 et seq).

REDONDO, Bruno Garcia. **Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação.** *RePro*. Ano 38, vol. 217, p. 401-417, São Paulo, mar. 2013.

ROACH, Kent. **Judicial activism in the Supreme Court of Canada.** In: Brice Dickson (coord.), *Judicial activism in common law Supreme Courts*. Oxford University Press, 2008.

RODRIGUES, Sirley Aparecida Lopes. **A importância da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 115/2014, mar./abr. 2014, p. 287- 308.

SAMPAIO, Nélson de Souza. **As constituições e a independência do Poder Judiciário**. Doutrinas Essenciais de Direito Público, vol. 4, mai. 2011, p. 941 et seq.

SANTOS, Evaristo Aragão. **Em torno do conceito e da formação do precedente judicial**. In: Teresa Arruda Alvim Wambier. (Coord.). Direito Jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, v. 1, p. 133-202.

_____. **Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial**. *RePro*, vol. 181, São Paulo, mar. 2010, p. 38-58.

SESMA, Victoria Iturralde. *El Precedente em el common law*. Madrid: Civitas, S. A., 1995.

SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcante da. **Democracia e ativismo judicial**. Revista de Direito Privado, vol. 46, abr. 2011, p. 43-71.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 35ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOARES, António Goucha. **A transformação do Poder Judicial e seus limites**. Revista do Ministério Público, ano 21, n.º 82. Lisboa, Abr./Jun. 2000.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FAVA, Marcos Neves. **A defesa de sua independência: um dever do magistrado**. Revista de Direito do Trabalho, 2006, v. 32, n. 123, p. 67-78.

SOUZA, Léa Émile M. Jorge de. **Noções gerais sobre o funcionamento do sistema de precedentes vinculantes no common law**. In: Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução do Direito Americano: Fundamental of US Law Course. Brasília, EAGU, Ano III, n. 12, set/out. 2011, p. 213-140.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TARUFFO, Michele. **Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law**. Trad. José Carlso Barbosa Moreira. *RePro*, vol. 110, p. 141-158, São Paulo, abr.-jun., 2003.

_____. **Precedente e Jurisprudência**. Revista Forense, v. 415, ano 18, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação**

no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *RePro*, vol. 189, nov. 2010, p. 09-52.

VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados.*** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

WARD, Richard. ***Walker & Walker's English Legal System.*** London, Butterworths, 8^a ed, 1998.

WELTER, Belmiro Pedro. **O racionalismo moderno e a inefetividade do processo civil.** *Revista dos Tribunais*, vol. 853, nov. 2006, p. 11-57.

WOLKART, Erik Navarro. **Súmula vinculante – Necessidade e implicações práticas de sua adoção (o processo civil em movimento).** In: Teresa Arruda Alvim Wambier. (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, v. 1, p. 277-340.